OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK

OVERZICHT VAN HANDELSRECHTELIJKE RECHTSPRAAK. GESELECTEERDE ARRESTEN VAN DE NEDERLANDSE HOGE RAAD EN HET BENELUX-GERECHTSHOF 1990-1995

door

Afdeling Handelsrecht van de Rijksuniversiteit Leiden
o.l.v.
Prof. Mr. M.M. MENDEL

INHOUD

LIJST VAN AFKORTINGEN

Hoofdstuk I
RECHTSPERSONEN EN PERSONENVENNOOTSCHAPPEN

I. Rechtspersonen

1. Algemeen: de betekenis van rechtspersoonlijkheid
2. Geldt art. 6 EVRM ook voor rechtspersonen?
3. Oprichting van naamloze en besloten vennootschappen
4. Oprichtingsgebrek en vertegenwoordiging
5. Plicht tot inschrijving onderneming van NV of BV in het handelsregister
6. Besluitvorming
a. Nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten van organen van rechtspersonen
b. Besluitvorming die een onrechtmatige daad van een bestuurder vormt
7. Doeloverschrijding
a. Levert een door de moeder gegeven hoofdelijkheidsverklaring ten behoeve van een 100% dochter doeloverschrijding op?
b. Is de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven beslissend voor de beantwoording van de vraag of het doel is overschreden?
8. Arbeidsovereenkomst en bestuurder
a. Kan een rechtspersoon „arbeider" zijn in de zin van art. 7A:1637x BW?
b. Ontslag bestuurder (natuurlijke persoon) vennootschap: vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtrechtelijke betrekking
c. Is de weigering om een door de algemene vergadering van aandeelhouders gewenst beleid uit te voeren een redelijke grond voor ontslag?
9. Decharge nietig of in strijd met de goede trouw?
10. Bestuurdersaansprakelijkheid
a. Onrechtmatige daad bestuurder
b. Tweede misbruikwet (Wet bestuurdersaansprakelijkheid)
c. Derde misbruikwet (Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement)
11. Onrechtmatige daad moedervennootschap jegens crediteuren van dochtervennootschap
12. Vereenzelviging („Piercing the corporate veil")
13. Toerekening van feitelijke handelin-

gen van een werknemer aan een NV of BV
14. De ondernemingsraad
15. Het recht van enquête en de geschillenregeling
a. Het recht van enquête
b. Het recht van enquête en de geschillenregeling: de Van den Berg-saga
16. De jaarrekening
17. Kan een b.v. na ontbinding nog failliet worden verklaard?
18. Bank (leadmanager) aansprakelijk bij emissie obligaties? Collectieve actie.
19. Stichtingen
a. Niet nakoming bevel tot het ter inzage leggen van boeken en bescheiden en tonen waarden der stichting.
b. Is degene die in het verleden de administratie van een stichting heeft bijgehouden een belanghebbende in de zin van art. 429n lid 2 Rv bij een procedure ex art. 2:317 lid 5 BW?
20. Misbruik van voorwetenschap

II. Personenvennootschappen

Hoofdstuk II
WAARDEPAPIEREN EN TUSSENPERSONEN

I. Waardepapieren

Wisselrecht
a. Art. 6 Wisselwetsconflictenverdrag
b. Positie van de acceptant

II. Tussenpersonen

1. Handelsagent
2. Commissionair

Hoofdstuk III
VERZEKERING

I. Indemniteitsbeginsel

1. De uitholling van het criterium „duidelijk voordeliger positie van de verzekerde"
2. De vaststellingsovereenkomst

II. Onzeker voorval

III. Verzwijging

1. Verkeerde of onwaarachtige opgave, verzwijging
2. Tijdstip waarop sprake moet zijn van verkeerde opgave, onwaarachtige opgave of verzwijging
3. Kenbaarheidsvereiste
4. Onjuiste voorstelling van zaken aan verzekeraar zelf te wijten en werking van de redelijkheid en de billijkheid
5. Strafrechtelijk verleden
6. Causaal verband
7. Welke rol kan artikel 251 WvK spelen indien verzekeringnemer/verzekerde op grond van de verzekeringsovereenkomst verplicht is het verzekerde risico gedurende een bepaald aantal jaren ieder jaar op — in beginsel — dezelfde condities aan verzekeraar(s) aan te bieden?
8. Verhouding tussen 263 WvK en 251 WvK en de betekenis van de redelijkheid en billijkheid
9. De werking van artikel 251 K indien er meerdere verzekeringnemers zijn en een van hen niet aan de mededelingsplicht ingevolge artikel 251 K voldoet

IV. Risicoverzwaring

1. Bestemmingswijziging
2. Dekking van het risico
3. Artikel 293 WvK en bijzondere omstandigheden

V. Merkelijke schuld in de zin van art. 294 WvK

VI. Dubbele verzekering

1. Regresrecht verzekeraars
2. Botsing van „tenzij elders gedekt"-clausules

VII. Polisvoorwaarden

1. Uitleg van polisvoorwaarden
2. Uitleg van een polisbeding in het nadeel van de verzekeraar?

3. In de polis bedongen verplichtingen van de verzekerde
4. Beroep op polisvoorwaarden in strijd met redelijkheid en billijkheid?

VIII. Autoverzekering tegen diefstal, bewijslast

IX. Verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid

X. Verzekering van aansprakelijkheid voor motorrijtuigen

1. Het begrip „motorrijtuig"
2. Omvang van de dekking van de verzekering
a. „Aan het verkeer deelnemen" (artikel 2, par. 1 eerste lid Gemeenschappelijke Bepalingen)
b. „Een verzekering welke aan de bepalingen van deze wet beantwoordt" (artikel 2, par. 1 jo. artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen)
c. „Diefstal" (artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen)
d. „Vervoerde personen" (artikel 3, par. 2 Gemeenschappelijke Bepalingen)
e. „Onderhouden" (artikel 4, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen)
f. „Snelheidsritten en -wedstrijden" (artikel 4, par. 2 Gemeenschappelijke Bepalingen)
g. Samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen
3. Vervanging van het motorrijtuig. Opvolgende verzekering?
4. Verjaring
a. „Onderhandeling" in artikel 10, par. 3 Gemeenschappelijke Bepalingen. Leidt deze onderhandeling ook tot stuiting van de verjaring van op andere bepalingen gegronde rechtsvorderingen?
b. Kunnen nationale bepalingen afbreuk doen aan de in artikel 10 par. 3 Gemeenschappelijke Bepalingen neergelegde verjaringsregeling?
5. Excepties van de verzekeraar
Verhouding verzekeraar-benadeelde en verhouding verzekeraar-verzekerde
a. Opgevoerde bromfiets
b. Auto met grotere cilinderinhoud
6. Verhaal op de verzekeraar
a. Wie kunnen als „benadeelde" worden aangemerkt?
b. Verhaal op het Waarborgfonds

Hoofdstuk IV
VERVOERRECHT

I. Algemeen

1. Gecombineerd (multimodaal) goederenvervoer
2. Verhuisovereenkomst of bewaargeving?

II. Zee- en binnenvaartrecht

1. Wie is claimgerechtigd bij cognossementsvervoer?
2. „Overriding obligations"
3. Uitoefening pandrecht op zaken terzake waarvan verhandelbare cognossementen zijn afgegeven
4. Afgifte lading aan niet-cognossementhouder
5. Aanvaring

III. Wegvervoerrecht

1. Belastingschade bij diefstal van sigaretten; samenloop wanprestatie en onrechtmatige daad
2. CMR toepasselijk op schade door contaminatie in landtank?
3. Het begrip „aflevering" in art. 17 lid 1 CMR

Hoofdstuk V
INDUSTRIËLE EIGENDOM EN ONGEOORLOOFDE MEDEDINGING

I. Merken

1. Geschiktheid als merk (art. 1 BMW)
2. Inbreuk op een merk (art. 13A lid 1 sub 1 BMW)
a. Overeenstemmend teken

b. Gebruik in de zin van art. 13A lid 1 sub 1
c. Merk dat tevens de hoedanigheid van soortgelijke waar aanduidt; soortgelijkheid
3. Inbreuk op een merk (art. 13A lid 1 sub 2 BMW)
a. Schade; beroep op art. 8 EVRM
b. Merkinbreuk en onderscheidend vermogen
c. Verhouding tot art. 12A BMW
4. Inbreuk op een merk (art. 13A lid 3 BMW)
5. Inbreuk op een merk (art. 13C BMW)
6. Nietigheid van het depot (art. 14A en 14B BMW)
a. Misleidend depot
b. Depot te kwader trouw
7. Enkele procesrechtelijke aspecten
a. Territoriale bevoegdheid
b. Werkingsgebied rechterlijk verbod

II. Handelsnamen

1. Bescherming van buitenlandse handelsnamen
2. Verzoek tot wijziging van een handelsnaam; verjaring

III. Tekeningen en modellen

1. Nieuwheidsvereiste in samenhang met de gebruiksfunctie
2. Kenmerkende eigenschappen van een model
3. Aanvullende werking van het gemene recht?

IV. Octrooien

1. Uitvinding in dienstbetrekking; billijke vergoeding
2. Onderzoeksvrijstelling
3. Schadevergoeding of winstafdracht naar keuze van eiser
4. Octrooiinbreuk; het wezen van de geoctrooieerde uitvinding

V. Kwekersrecht

Inbreukactie; criterium van de desbewustheid

VI. Ongeoorloofde mededinging

1. Aanvullende bescherming van produkten
a. Criteria voor bescherming
b. Duur van de bescherming
2. Aanvullende bescherming van prestaties
3. Profiteren van eigen wetsovertreding
4. Profiteren van contractbreuk
5. Verstrekken van een lijst van afnemers

LIJST VAN ARRESTEN

LIJST VAN AFKORTINGEN

A.-G.	Advocaat-Generaal
a.w.	aangehaald werk
AVB	aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven
AW	Auteurswet
BGH	Benelux-Gerechtshof
BIE	Bijblad bij De Industriële Eigendom
BMW	Eenvormige Beneluxwet op de merken
BNB	beslissingen in belastingzaken
BTMW	Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
C.M.R.	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route
CV	Commanditaire vennootschap
EOV	Europees Octrooi Verdrag
EVR	Europees Vervoerrecht
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens
HNW	Handelsnaamwet
HR	Hoge Raad
i.c.	in casu
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
i.o.	in oprichting
jo.	juncto
K.	Wetboek van Koophandel
M.v.A.	Memorie van Antwoord
M.v.T.	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NV	Naamloze vennootschap
O.K.	Ondernemingskamer
O.R.	ondernemingsraad
r.o.	rechtsoverweging(en)
ROW	Rijksoctrooiwet
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
Sr	Wetboek van Strafrecht
S&S	Schip en Schade

Stb.	Staatsblad
t.a.p.	ter aangehaalder plaatse
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
Trb.	Tractatenblad
Ur.	Uitvoeringsreglement
VOF	vennootschap onder firma
VA	het Verzekerings-Archief
VR	Verkeersrecht
W.A.	wettelijke aansprakelijkheid
WAM	Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen
WAO	Wet Arbeidsongevallen
WAOT	Wet Aansprakelijkheid Olietankschepen
W.O.R.	Wet op de ondernemingsraden
W.O.W.	Wet Overeenkomst Wegvervoer
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
WvKNA	Wetboek van Koophandel van de Nederlandse Antillen
WVW	Wegenverkeerswet
WW	Werkloosheidswet
WWV	Wet Werkloosheidsvoorziening
ZPW	Zaaizaad- en Plantgoedwet

VOORWOORD

Voor u ligt wederom een overzicht van uitspraken van de Hoge Raad en het Benelux-Gerechtshof op handelsrechtelijk gebied, tot stand gebracht door de afdeling Handelsrecht van de Rijksuniversiteit Leiden. Er is ook nu naar gestreefd deze uitspraken — voor zover van voldoende belang voor de Belgische en Nederlandse lezers van het Tijdschrift voor Privaatrecht — per onderwerp met elkaar in verband te brengen en voor zover nodig in het kort de plaats aan te duiden die zij in het geldende Nederlandse recht innemen. Het overzicht bestrijkt de jaren 1990 t/m 1995.

Aldus wordt aangesloten bij ons eerdere overzicht (over de jaren 1985 t/m 1989) in Tijdschrift voor Privaatrecht 2-90, blz. 769 t/m 935.

De volgende leden van de afdeling Handelsrecht hebben een bijdrage geleverd, ik geef tussen haakjes aan welke: Mr. A.M. Biegman-Hartogh, oud-Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad (Verzekering VII, Polisvoorwaarden, nrs. 2 en 3), Mr. Y.L.L.A.M. Delfos-Roy (Verzekering III, Verzwijging en IV, Risicoverzwaring), Mr. Alexandra Buijze (Verzekering I, Indemniteitsbeginsel en V, Merkelijke schuld in de zin van art. 294 WvK), Mr. A. van Beelen (Vervoerrecht I, Algemeen, II, Zee- en binnenvaartrecht nrs. 1, 3 en 4; III, Wegvervoerrecht nr. 3), Mr. S.J.A. Mulder (Waardepapieren en tussenpersonen, Industriële eigendom en ongeoorloofde mededinging I, Merken), Mr. P.A.C.E. van der Kooij (Industriële eigendom en ongeoorloofde mededinging II Handelsnamen, III Tekeningen en modellen, IV Octrooien, V Kwekersrecht en VI Ongeoorloofde mededinging), Mr. C. de Groot (Ondernemingsrecht I, Rechtspersonen, nrs. 1, 6, 14 t/m 16 en 20; II. Personenvennootschappen, 1e, 2e en 5e uitspraak), Mr. W.J. Oostwouder (Ondernemingsrecht I, Rechtspersonen nrs. 2 t/m 5, 7 t/m 9, 13 en 17 t/m 19; II Personenvennootschappen, 3e en 4e uitspraak, Vervoerrecht II, Zee- en binnenvaartrecht, nr. 2 en III Wegvervoerrecht, nr. 2), Mr. M.A. van de Laarschot (Ondernemingsrecht I, Rechtspersonen nrs 10 t/m 12, Vervoerrecht II, Zee- en binnenvaartrecht, nr. 5 en III Wegvervoerrecht, nr. 1), Mr. M.J.C. Merkus (Verzekering VI, Dubbele verzekering en X Verzekering van aansprakelijkheid voor motorrijtuigen) en ikzelf (Verzekering II, Onzeker voorval, VII, Polisvoorwaarden, nrs. 1 en 4, VIII Autoverzekering tegen diefstal, bewijslast en IX Verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid).

Tenslotte een woord van dank aan de management-assistente van de afdeling Handelsrecht, Marianne van der Star-Bousie die met grote inzet en bekwaamheid de administratieve verzorging voor haar rekening heeft genomen.

Leiden, mei 1996 Prof. Mr. M.M. Mendel

ONDERNEMINGSRECHT

I. RECHTSPERSONEN

1. Algemeen: de betekenis van rechtspersoonlijkheid

HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288, noot Maeijer, Arnoldus Franciscus Poot tegen het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds

Art. 2:3 BW bepaalt dat verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen en stichtingen rechtspersoonlijkheid bezitten. Op grond van art. 2:5 BW staat een rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. De betekenis van deze bepaling kwam aan de orde in het arrest van de HR inzake A.F. Poot tegen het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds. Dit was een geval waarin een aandeelhouder (Poot) een vordering instelde tegen een derde (het ABP) omdat, naar hij meende, zijn aandelen door toedoen van die derde waardeloos waren geworden.

A.F. Poot beheerste als enig bestuurder en aandeelhouder het Poot-concern. Dit concern werkte met het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds samen op het gebied van het bouwen en exploiteren van tennishallen. Het Poot-concern bouwde tennishallen en verkocht deze aan het ABP. Het ABP verhuurde de hallen op haar beurt weer aan vennootschappen die deel uitmaakten van het Poot-concern. In 1980 weigerde het ABP de samenwerking voort te zetten omdat het van mening was dat de vennootschappen die deel uitmaakten van het concern dicht bij faillissement waren. In 1980 en 1981 zijn deze vennootschappen inderdaad failliet verklaard. Vervolgens heeft A.F. Poot een vordering ingesteld tegen het ABP. Hij was van mening dat de faillissementen een gevolg waren van de weigering van het ABP nog langer samen te werken, en dat zijn aandelen ten gevolge van de gedragingen van het ABP waardeloos waren geworden. Nadat de rechtbank en het hof de vordering van Poot tegen het ABP hadden afgewezen, stelde Poot beroep in cassatie in. De HR moest zich uitspreken over de verhouding tussen een naamloze of besloten vennootschap en haar aandeelhouder(s).

De HR wees erop dat naamloze en besloten vennootschappen rechtspersonen zijn. Dat betekent dat zij zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen. Wanneer een derde vermogensschade toebrengt aan de vennootschap (door een overeenkomst niet behoorlijk na te komen of door een onrechtmatige daad te plegen) waardoor de vennootschap schade lijdt, heeft alleen de vennootschap het recht schadevergoeding te vorderen. De aandeelhouders van de vennootschap nemen in dit opzicht geen bijzondere positie in. Wanneer een vennootschap schade lijdt, verminderen de aandelen in haar geplaatste kapitaal in waarde. Maar de aandeelhouders kunnen niet een eigen

vordering tot schadevergoeding instellen. Het ligt op de weg van de vennootschap om tegen de derde een vordering in te stellen voor de schade die zijzelf heeft geleden. Wanneer die actie slaagt, is ook de waardevermindering van de aandelen ongedaan gemaakt.

Maar naar het oordeel van de HR kan het voorgaande toch anders zijn, namelijk indien de derde tegenover een aandeelhouder aansprakelijk is uit onrechtmatige daad door het overtreden van een specifieke zorgvuldigheidsnorm die hij in zijn verhouding tegenover die aandeelhouder in acht had moeten nemen. In casu was daarvan geen sprake: „Het Hof is (...) terecht ervan uitgegaan dat Poot als eisende partij diende te stellen welke specifieke zorgvuldigheidsnorm door het ABP jegens Poot in privé in acht had moeten worden genomen, en dat hij niet kon volstaan met het stellen van wanprestatie of onzorgvuldig handelen van het ABP jegens het concern."

2. Geldt art. 6 EVRM ook voor rechtspersonen?

HR 1 juni 1993, *NJ* 1994, 52, L. Shipping BV tegen de Staat der Nederlanden

Op 20 september 1988 loost L. Shipping BV (hierna Shipping) vanaf het motorschip de „Ronald Langenberg" zonder vergunning gasolie in de Usselinxhaven te Amsterdam. Op 26 januari 1989 wordt bestuurder A.L. van Shipping door het Openbaar Ministerie (hierna OM) gehoord. In juni 1989 legt Shipping een schikkingsvoorstel van het OM naast zich neer. Vervolgens wordt zij gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam. Op 25 februari 1991 wordt Shipping terzake van deze lozing veroordeeld. In hoger beroep voert Shipping aan dat de berechting niet heeft plaatsgevonden binnen een redelijke termijn als bedoeld in art. 6 EVRM.

Het Hof verwerpt dit betoog. Dit geschiedt op twee gronden, die zelfstandig „'s Hofs oordeel dragen. In de eerste plaats overweegt het Hof: „Verdachte kan als rechtspersoon geen bescherming ontlenen aan regels berustende op verdragsrechtelijke bepalingen inzake mensenrechten, die ertoe strekken te voorkomen dat een individu langer dan strikt noodzakelijk moet leven onder de dreiging van een strafvervolging". Voorts overweegt het Hof dat het beginsel van strafvervolging binnen een redelijke termijn niet is geschonden. Als begin van de termijn houdt het Hof de datum van het verhoor van A.L., 26 januari 1989, aan. Pas uit het op die dag gehouden verhoor mocht Shipping in redelijkheid afleiden dat het O.M. het ernstige voornemen had strafvervolging tegen haar in te stellen. Tegen deze twee gronden komt Shipping in cassatie op. De Hoge Raad overweegt:

„Terecht voert het middel aan dat de in art. 6 EVRM neergelegde waarborgen niet alleen voor natuurlijke personen maar ook voor rechtspersonen als de onderhavige hebben te gelden. „'s Hofs andersluidende oordeel is dus onjuist. Tot cassatie hoeft dit evenwel niet te leiden, omdat de tegen de andere zelfstandig dragende grond opgeworpen klacht faalt". De Hoge Raad merkt op dat het cassatiemiddel niet het oordeel van het Hof bestrijdt dat als begin de in art. 6 EVRM bedoelde termijn moet gelden, de dag van het

verhoor van bestuurder A.L. Het middel richt zich slechts tegen de tijdsduur van de strafvervolging. De Hoge Raad acht deze klacht niet gegrond. „Immers, in aanmerking genomen de tijdstippen alsmede de aard en duur van de elkaar opeenvolgende fasen van de procedure (...) kan niet worden gezegd dat „'s Hofs oordeel dat de strafvervolging in afzonderlijke instanties of in haar geheel niet onredelijk lang geduurd heeft, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting of ontoereikend is gemotiveerd."

In navolging van de belastingkamer (HR 17 januari 1990, *BNB* 1990/193) heeft nu ook de civiele kamer van de Hoge Raad expliciet overwogen dat de in art. 6 EVRM neergelegde waarborgen niet alleen voor natuurlijke, maar ook voor rechtspersonen gelden. Zie voorts over de werking van art. 6 EVRM ten aanzien van rechtspersonen ook de noot van E.J. Dommering bij Europees Hof voor de rechten van de mens 30 maart 1989, *NJ* 1991, 522 en de aldaar vermelde literatuur.

3. Oprichting van naamloze en besloten vennootschappen

HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 116, noot Maeijer, Food Processing Machinery BV tegen Clara Candy Limited

HR 3 november 1995, *RvdW* 1995, 231, H.F.M. van der Heijden tegen J. van Hoogenhuijze

In de eerste zaak wenst Van Halteren Metaal BV machines te fabriceren en te verkopen die voedingsmiddelen kunnen produceren. Zij wil dit doen door middel van een nieuw op te richten BV Vooruitlopend op de oprichting daarvan, die in verband met de noodzakelijke formaliteiten (waaronder een verklaring van geen bezwaar van het Ministerie van Justitie, zie art. 2:179 BW) enige tijd in beslag neemt, handelt zij reeds onder de naam van de op te richten vennootschap F.P.M. BV In het handelsregister staat F.P.M. BV i.o. ingeschreven en wordt als bedrijfsomschrijving vermeld: fabriceren en ontwerpen van machines voor de voedingsindustrie in de ruimste zin des woords. Als datum van vestiging van de onderneming wordt 1 januari 1985 vermeld. Tevens wordt vermeld dat de onderneming wordt gedreven voor rekening van Van Halteren Metaal BV Op 24 april 1986 wordt onder de naam F.M.P. BV i.o. (met vermelding van het correspondentieadres en het inschrijvingsnummer bij de Kamer van Koophandel) een koopopdracht van snoepmachines bevestigd aan Clara Candy Limited (hierna Clara Candy).

Op 9 oktober 1986 vindt onder een ander nummer bij de Kamer van Koophandel de inschrijving plaats van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Food Processing Machinery BV Daarbij wordt vermeld dat deze vennootschap geen bedrijf in stand houdt. Bij de inschrijving van deze vennootschap wordt de inschrijving van F.P.M. BV i.o. gehandhaafd.

Omdat Clara Candy een deel van de koopsom voor de snoepmachines niet voldoet, daagt Food Processing Machinery BV haar voor de rechter. Clara Candy verweert zich met de stelling dat zij niet met Food Processing

Machinery BV heeft gecontracteerd maar met F.P.M. BV i.o. In tegenstelling tot de Rechtbank honoreert het Hof dit verweer. Het Hof oordeelt dat F.P.M. BV i.o. niet mag worden vereenzelvigd met Food Processing Machinery BV en dat er bovendien geen sprake is van bekrachtiging in de zin van art. 2:203 BW. Hiertegen komt Food Processing Machinery BV in cassatie op. De Hoge Raad oordeelt als volgt: „Het gaat hier om toepassing van art. 2:203 BW, in het bijzonder om de leden 1 en 2 van dit artikel. Uit deze bepalingen vloeit voort dat een persoon — zoals hier Clara Candy — die een overeenkomst heeft gesloten met een ander die namens een op te richten besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid handelt, slechts uit overeenkomst kan worden aangesproken door een nadien opgerichte besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, wanneer deze laatste de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft bekrachtigd en bovendien moet worden aangemerkt als de vennootschap die partijen op het oog hadden toen de overeenkomst tot stand kwam. Of van het laatste sprake is hangt af van de omstandigheden van het geval." Uit deze overweging blijkt dat de Hoge Raad groot belang hecht aan het bestaan van identiteit tussen de op te richten vennootschap waarmee gehandeld is en de vennootschap die deze rechtshandeling bekrachtigt. Dit ligt voor de hand. Een partij moet niet tegen haar wil een andere contractspartij opgedrongen krijgen dan degene waarmee zij beoogde te contracteren. Degene die verkiest een BV i.o. te gebruiken moet er maar voor zorgen dat de door deze BV i.o. gesloten overeenkomsten door de juiste BV bekrachtigd worden. De Hoge Raad geeft voorts nog een richtsnoer voor de feitelijke rechter om te bepalen of er sprake is van identiteit van de vennootschap in oprichting en de vennootschap die de rechtshandeling bekrachtigt. Hierbij kunnen volgens de Hoge Raad onder meer van belang zijn: „de namen van de vennootschap in oprichting en de opgerichte vennootschap; de bij de beide vennootschappen betrokken personen; de aard van het door de vennootschappen uitgeoefende bedrijf; het kapitaal van de opgerichte vennootschap in het licht van de omvang van de transactie; hetgeen in de akte van oprichting omtrent de vennootschap in oprichting is verklaard (daaronder begrepen dat daaromtrent niets is verklaard); hetgeen omtrent de beide vennootschappen in het handelsregister is verklaard." Timmerman heeft in zijn bespreking van dit arrest in *TVVS* 1992 nr. 92/9 p. 237 kritiek op het meewegen van de omvang van het kapitaal van de opgerichte BV Hij acht dit niet juist omdat de ervaring leert dat vennootschappen met een gering kapitaal dikwijls worden ingezet om transacties van veel grotere omvang dan het bedrag van het geplaatste kapitaal af te sluiten.

Ook in de tweede procedure ontstonden er problemen ten aanzien van de vraag of bepaalde rechtshandelingen na bekrachtiging voor rekening komen van de opgerichte BV De casus kan als volgt worden geschetst.

Van der Heijden wil een kabelkrant exploiteren en deze onderbrengen in één of meer op te richten besloten vennootschappen. Hij komt in contact met Van Hoogenhuijze die hem daarbij behulpzaam wil zijn. Op 25 februari 1985 worden de eerste afspraken door Van Hoogenhuijze vastgelegd in een

opdrachtbevestiging. Hierin wordt afgesproken dat Van Hoogenhuijze de jaarrekeningen van de nog op te richten vennootschappen op het gebied van een te exploiteren kabelkrant zal controleren en zal helpen bij het vestigen van de op te richten onderneming(en). Van der Heijden tekent deze opdrachtbevestiging op 4 april 1985 voor akkoord. Daarbij wordt afgesproken dat Van Hoogenhuijze voordat de plannen van Van der Heijden nader zijn uitgewerkt en financiers zijn aangetrokken, aan Van der Heijden slechts 25% van het hem toekomende honorarium als voorschot in rekening zal brengen. Nadien verricht Van Hoogenhuijze de nodige werkzaamheden en verzendt hij ten name van Van der Heijden diverse facturen. Van der Heijden voldoet deze voorschotnota's per kas. Op 1 april 1986 tekent Van der Heijden een Letter of Intent met TVI Investments waarbij de laatste zich bereid verklaart de financiële middelen ter beschikking te stellen voor de realisatie van het kabelkrantproject. Vanaf dat moment had Van Hoogenhuijzen recht op het resterende bedrag van het reeds verschuldigde honorarium. Op 19 april 1986 zendt hij dan ook een factuur gericht aan Van der Heijden voor het resterende bedrag van zijn declaratie. Dit wordt echter niet voldaan. De na 19 april 1986 verzonden facturen zijn gericht aan Infokab BV i.o. Op 20 februari 1987 wordt Infokab BV opgericht. Deze BV bericht aan Van Hoogenhuijze dat de BV alle verplichtingen van de BV i.o. overneemt. Van Hoogenhuijze antwoordt daarop aan Van der Heijden dat hij ermee akkoord gaat dat zijn facturen door de BV zullen worden voldaan, maar dat hij Van der Heijden voor de voldoening daarvan mede aansprakelijk blijft houden. Vervolgens gaat de BV failliet. Van Hoogenhuijze spreekt Van der Heijden aan. Bij het Hof is kernpunt van het geschil of reeds vóór 1 april 1986 sprake was van door Van der Heijden verrichte rechtshandelingen namens Infokab i.o. Dit zou tot gevolg hebben dat op grond van art. 2:203 lid 2 BW na bekrachtiging niet Van der Heijden maar Infokab BV de facturen voor de werkzaamheden die vóór 1 april 1986 waren verricht, zou moeten voldoen. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Hiertegen komt Van der Heijden in cassatie op. De Hoge Raad verwijst allereerst naar zijn arrest van 8 juli 1992, *NJ* 1993, 116, waarin de regel is neergelegd dat de vennootschap in oprichting en de opgerichte vennootschap die heeft bekrachtigd identiek moeten zijn, wil de rechtshandeling, die door een ander namens de vennootschap in oprichting is verricht, voor rekening van de opgerichte vennootschap komen. Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

„In overeenstemming hiermee moet ook worden aangenomen dat die ander tegenover zijn wederpartij slechts van zijn in lid 2 bedoelde hoofdelijke aansprakelijkheid wordt bevrijd indien de overeenkomst wordt bekrachtigd door een na het sluiten van de overeenkomst opgerichte besloten vennootschap die, gegeven de omstandigheden van het geval, moet worden aangemerkt als de vennootschap die partijen bij het tot stand komen van de overeenkomst op het oog hadden. Ook het Hof is in zijn bestreden arrest kennelijk van deze uitleg van art. 2:203 uitgegaan. In n.o. 2.11 heeft het Hof dit aldus tot uitdrukking gebracht dat niet voldoende is dat „nog slechts een

algemeen voornemen bestaat tot oprichting van een besloten vennootschap over te gaan", maar dat vereist is dat „de plannen tot oprichting een begin van concretisering hebben gevonden". Eerst dan, aldus het Hof, is voldoende duidelijk „dat degene die handelt niet bereid is zichzelf te binden doch slechts de vennootschap nadat deze zal zijn opgericht", en eerst dan „heeft de besloten vennootschap in oprichting reeds voldoende identiteit". Anders dan het middel klaarblijkelijk wil, is voor het eindigen van de hoofdelijke aansprakelijkheid van degene die namens een op te richten besloten vennootschap heeft gecontracteerd, niet reeds voldoende dat na het sluiten van de overeenkomst „een" besloten vennootschap is opgericht die de overeenkomst bekrachtigt. Dit geldt ook indien het voor de wederpartij van bedoelde persoon duidelijk was of behoorde te zijn dat deze niet voor zichzelf maar voor „een" op te richten besloten vennootschap handelde."

De Hoge Raad heeft hier een duidelijke dam opgeworpen tegen het handelen namens een nog niet geconcretiseerde BV Zolang de plannen voor de BV nog niet concreet genoeg zijn, heeft de BV i.o. nog geen eigen identiteit en kan dan ook niet identiek zijn aan de later opgerichte BV De oprichter handelt dan pro se en kan de aanloopkosten niet voor rekening brengen van de op te richten BV

4. Oprichtingsgebrek en vertegenwoordiging

HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 279 (UVO-Lopik) noot Maeijer, Johannes van den Berg en Arjen van den Berg tegen Arie van den Berg en UVO-Lopik BV

Dit arrest kan men zien als een aflevering van de „continuing story" van de voortslepende ruzie binnen de familie Van den Berg ten aanzien van A. van den Berg BV, waarin zij allen aandeelhouders zijn. Voor andere afleveringen in deze serie zij onder meer verwezen naar de eveneens in deze bundel besproken arresten onder het kopje „De Van den Berg-saga" in paragraaf 15.b over Het recht van enquête en de geschillenregeling.

Op 30 mei 1986 hebben Arie van den Berg en A. van den Berg BV vertegenwoordigd door haar directeur, de zojuist genoemde Arie van den Berg, UVO-Lopik BV opgericht. Johannes van den Berg en Arjen van den Berg verzoeken de rechtbank daarop UVO-Lopik BV op grond van art. 2:181 BW oud (thans vervangen door art. 2:21 lid 1 sub a BW) te ontbinden. Er is volgens hen sprake van een oprichtingsgebrek nu in strijd is gehandeld met art. 12 lid 3 van de statuten. Voor zover hier van belang wordt hierin bepaald: „De directie heeft de goedkeuring van de raad van commissarissen nodig, zodra het commissariaat in werking is getreden en zolang zulks niet het geval is, van de vergadering van prioriteitsaandelen, voor bestuursbesluiten strekkende tot: (...) c. het deelnemen in het kapitaal van en het voeren van de directie over andere ondernemingen; (...)". Welnu, stellen verzoekers, ten tijde van de oprichting was er geen commissaris in functie en was er geen goedkeuring van de vergadering van houders van prioriteitsaandelen. De

deelneming van één der oprichters valt weg en derhalve is er sprake van een oprichtingsgebrek op grond waarvan ontbonden kan worden.

Overigens moet worden opgemerkt dat ten tijde van de oprichting nog was voorgeschreven dat meer dan één persoon aan de oprichtingshandeling van een BV moesten deelnemen. Na invoering van de derde misbruikwet in 1987 is dit niet meer vereist en bepaalt art. 2:4 lid 2 BW dat het vervallen van de deelneming van een of meer oprichters op zichzelf geen invloed heeft op de rechtsgeldigheid van de deelneming der overblijvende deelnemers.

Ten tijde van de oprichting van UVO-Lopik leverde het wegvallen van de deelneming van A. van den Berg BV echter nog wel een oprichtingsgebrek op. De Hoge Raad stond dan ook voor de vraag of overtreding van art. 12 lid 3 van de statuten de rechtsgeldigheid van de deelname van A. van den Berg BV in de weg stond. De Hoge Raad overwoog daaromtrent het volgende:

„De tot de gedingstukken behorende statuten van A. van den Berg BV laten geen andere conclusie toe dan dat iedere directeur krachtens art. 12 lid 2 de vennootschap tegenover derden kan verbinden, nu noch in art. 12 lid 3 noch elders in de statuten een afwijkende bepaling als bedoeld in art. 2:240 lid 2 tweede zin BW is opgenomen. Op de in de zienswijze van verzoekers uit art. 12 lid 3 voortvloeiende beperkingen van de bevoegdheid tot het vertegenwoordigen van de vennootschap bij de oprichting van een andere vennootschap, kan dan ook ingevolge art. 240 lid 3 BW (oud en nieuw) door of tegen derden geen beroep worden gedaan." Deze overweging verdient enige uitleg. Op grond van art. 2:240 BW hebben niet alle in de statuten opgenomen beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid werking jegens derden. Mendel, Hoofdzaken NV en BV, Deventer 1995, p. 59 merkt op dat algemene beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid volgens de artikelen 2:130/240 lid 2 slechts op twee manieren in de statuten kunnen worden aangebracht: „*a.* een of meer bestuurders kunnen geheel van hun wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid worden beroofd, maar het mag niet zo zijn dat het hele bestuur bestaat uit bestuurders die niet vertegenwoordigingsbevoegd zijn; *b.* bepaald kan worden dat een bestuurder de vennootschap slechts met medewerking van een of meer „anderen" — bijvoorbeeld een medebestuurder of een procuratiehouder — mag vertegenwoordigen." Goedkeuring door de raad van commissarissen of de vergadering van prioriteitshouders is dus geen wettelijk toegestane beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid en kan dan ook niet jegens derden worden ingeroepen. Maar is UVO-Lopik als 100% dochtermaatschappij wel een derde in de zin van art. 2:240 BW of moet zij worden vereenzelvigd met A. van den Berg BV?

De Hoge Raad overweegt hieromtrent: „Voor de toepassing van laatstgenoemde wetsbepaling moet UVO-Lopik worden aangemerkt als derde. De door verzoekers bij het hof aangevoerde omstandigheden dat UVO-Lopik een volledige dochter van A. van den Berg BV en geheel van deze afhankelijk is, dat zij met geldmiddelen van A. van den Berg BV is opgericht en dat Arie van den Berg haar enige directeur is en E.J. van den Bosch haar enige

commissaris, wettigen niet de door verzoekers in hun toelichting op de eerste appelgrief verdedigde slotsom dat UVO-Lopik volledig met A. van den Berg BV moet worden vereenzelvigd en tevens dient te worden gezien als een orgaan van die vennootschap." Hiermee werd het cassatieberoep verworpen. Voor nader commentaar op dit arrest zij verwezen naar de noot van Maeijer in *NJ* 1992, 279 en C. de Groot, Ondernemingsrecht en besluitvorming, Amsterdam 1995, p. 210-211.

5. Plicht tot inschrijving onderneming van NV of BV in het handelsregister

HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 433, noot Maeijer, De Kamer van Koophandel voor Nijmegen en omstreken tegen Annemiek Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV, Ingrid Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV, Femke Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV, Max Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV en Hirschkind BV

Op 3 juli 1984 worden Annemiek Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV, Ingrid Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV, Femke Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV, Max Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV en Hirschkind BV (hierna Hirschmann c.s.) op de voet van art. 1 lid 7 Handelsregisterwet (hierna Hrw) ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna KvK) te Alkmaar. Deze maatschappijen zijn op dat tijdstip statutair gevestigd te Bergen (Noord Holland). In 1986 geven Hirschmann c.s. aan de KvK wijziging van hun feitelijke plaats van vestiging naar Nijmegen op. Sinds 17 november 1986 staan Hirschmann c.s tevens op de voet van art. 1 lid 1 Hrw als *ondernemingen* ingeschreven in het handelsregister van de KvK te Nijmegen. Sindsdien moeten zij zowel aan de KvK te Haarlem (wegens de inschrijving op grond van art. 1 lid 7 als BV) als aan de KvK te Nijmegen (wegens de inschrijving van hun ondernemingen aldaar) een bijdrage betalen. Hirschmann c.s. vorderen bij de Kantonrechter (hierna Ktr) ex art. 28 Hrw doorhaling van de laatstgenoemde inschrijving. Zij stellen daarbij dat zij geen onderneming hebben in de zin van art. 1 lid 1 Hrw. De maatschappijen houden zich volgens Hirschmann c.s. slechts bezig met het beleggen van vermogen, hebben geen enkele professionele organisatie en geen personeel in dienst. Zij hebben slechts een directeur, die ingevolge een beheersovereenkomst het beheer over het vermogen heeft overgedragen aan een gespecialiseerd bureau. De KvK stelt daartegenover dat iedere BV geacht wordt een onderneming te hebben en dat deze krachtens art. 1 lid 1 Hrw ingeschreven moet worden in het handelsregister van de plaats van vestiging. Zowel de Ktr als de Rechtbank waarbij beroep werd ingesteld, oordelen dat het standpunt van de KvK onjuist is en wijzen het verzoek toe. De KvK komt vervolgens tegen de beschikking van de Rechtbank in cassatie op.

Aan de hand van de wetsgeschiedenis van de Hrw komt de Hoge Raad tot de conclusie dat NV's en BV's steeds geacht moeten worden een onderneming

in de zin van art. 1 lid 1 Hrw te hebben en deswege moeten worden ingeschreven. Dit is slechts anders ten aanzien van vennootschappen die „in het geheel geen onderneming hebben". Hiermee zijn slechts bedoeld zogenaamde „lege" vennootschappen in de zin van vennootschappen, die in het geheel geen activa (meer) hebben en deswege geen activiteiten (meer) ontplooien.

6. Besluitvorming

a. Nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten van organen van rechtspersonen

HR 17 mei 1991, *NJ* 1991, 645, noot Maeijer, Leo Bernard Lampe tegen Tonnema BV

HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 436, noot Maeijer, Andries Willem van den Berge tegen Verenigde Bootlieden BV

HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 595, noot Maeijer, Janssen Pers BV e.a. tegen Paul Victor Johannes Henricus Janssen en Janssen Pers Beheer BV

In het rechtspersonenrecht spelen besluiten van organen van rechtspersonen een belangrijke rol. Het belang van besluiten, en daarmee van de normen waaraan besluiten en besluitvorming moeten voldoen, is zo groot dat Titel 1 van Boek 2 BW bepalingen bevat over de nietigheid en de vernietigbaarheid van besluiten van organen van rechtspersonen. Art. 2:14 BW bepaalt dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon, dat in strijd is met de wet of de statuten, nietig is, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. Art. 2:15 BW bepaalt dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon in drie gevallen vernietigbaar is: (a) wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, (b) wegens strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid die een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken, tegenover elkaar in acht moeten nemen, en (c) wegens strijd met een binnen de rechtspersoon geldend reglement. De artt. 2:14 en 15 leiden tot jurisprudentie, waarin met name een rol speelt art. 2:15(1) onder b (vernietigbaarheid wegens strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid).

In de eerste uitspraak kwam een aandeelhouder van een besloten vennootschap op tegen het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders om de blokkeringsregeling van de BV te veranderen van een aanbiedingsregeling in een goedkeuringsregeling. In de tweede uitspraak kwam een aandeelhouder van een BV op tegen een aantal besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders die ertoe leidden dat de omvang van zijn deelneming in de vennootschap relatief kleiner werd. In de derde uitspraak stonden twee besluiten van een algemene vergadering van aandeelhouders centraal: het besluit om eerder genomen besluiten in te trekken (dat waren besluiten om het nominale bedrag van de uitgegeven aandelen te verminderen en gelijktijdig nieuwe aandelen uit te geven) en het besluit om de

bestuurder en de leden van de raad van commissarissen van de vennootschap te ontslaan.

De eerste uitspraak (Lampe tegen Tonnema). L.B. Lampe was een minderheidsaandeelhouder van Tonnema BV. Een buitenstaander wilde de aandelen in het geplaatste kapitaal van Tonnema overnemen. De meerderheid van de aandeelhouders van Tonnema wenste dit mogelijk te maken. Daarvoor was het nodig dat de in de statuten van Tonnema opgenomen blokkeringsregeling die de vorm had van een aanbiedingsregeling, zou worden vervangen door een goedkeuringsregeling. De algemene vergadering van aandeelhouders van Tonnema nam een besluit van die strekking waarbij zij zichzelf aanwees als goedkeurend orgaan. Lampe was het niet met dit besluit eens. Hij meende dat de andere aandeelhouders hun aandelen niet aan de buitenstaander mochten verkopen zonder die aandelen eerst op basis van de aanbiedingsregeling aan hem aan te bieden. De algemene vergadering van aandeelhouders besloot om overdracht door de aandeelhouders van hun aandelen aan de buitenstaander goed te keuren. Deze buitenstaander heeft daarop alle aandelen, met uitzondering van de aandelen die Lampe hield, verworven.

Lampe stelde een vordering in tot vernietiging van het besluit van de algemene vergadering waarbij de aanbiedingsregeling was vervangen door een goedkeuringsregeling. Dit besluit zou tegenover hem in strijd zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Lampe vond het hof, en in cassatie de HR, niet aan zijn zijde. Naar het oordeel van het hof had Lampe er vanaf het moment dat hij aandeelhouder werd van Tonnema BV mee rekening moeten houden dat de blokkeringsregeling kon worden gewijzigd. Het hof wees er in dit verband op dat Lampe zelf maar een klein pakket aandelen hield en een meerderheidsbesluit dus niet kon tegenhouden. De algemene vergadering van aandeelhouders had tegenover Lampe niet in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid gehandeld door de blokkeringsregeling te wijzigen, nu de algemene vergadering voor de continuïteit van Tonnema méér zag in de plannen die de buitenstaander had dan in de persoon en de plannen van Lampe. De Hoge Raad constateerde dat het Hof de belangen van Lampe enerzijds en die van de meerderheid der aandeelhouders en die van de onderneming anderzijds tegen elkaar had afgewogen met een voor Lampe nadelig resultaat, en weigerde te casseren. In dit Lampe-arrest bezigde de Hoge Raad niet een terminologie die op marginale toetsing wijst, in de trant van: had het orgaan redelijkerwijze zo *kunnen* beslissen. Dit doet volgens Mendel, (*Hoofdzaken NV en BV*, 1995, 82) niet af aan de in Nederland geldende regel dat toetsing van de inhoud van besluiten van NV- of BV-organen aan de redelijkheid en billijkheid marginaal geschiedt. Anders Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV (1995) p. 261-262.

In de tweede uitspraak (Van den Berge tegen Verenigde Bootlieden) stond de rechtspersoon Verenigde Bootlieden BV centraal. Deze vennootschap had veertien aandeelhouders. Twaalf van hen waren tevens werknemers van de vennootschap. De BV had een reserve opgebouwd van ongeveer 4.000.000

gulden die zij voor de uitoefening van haar werkzaamheden niet nodig had. Nu was het plan gerezen om de reserve uit te keren aan de aandeelhouders. Omdat uitkering fiscaal belast zou zijn, waren niet alle aandeelhouders voor dit plan. Het bestuur had als oplossing bedacht dat alle aandeelhouders hun aandelen in het geplaatste kapitaal van Verenigde Bootlieden BV zouden overdragen aan een „persoonlijke" besloten vennootschap, en dat Verenigde Bootlieden BV de reserve vervolgens zou uitkeren aan deze „persoonlijke" besloten vennootschappen (die dus haar aandeelhouders waren geworden). Een dergelijke uitkering zou fiscaal onbelast zijn mits de BV waaraan werd uitgekeerd tenminste vijf procent van het geplaatste kapitaal van Verenigde Bootlieden BV verschafte (dit was de zogenoemde fiscale deelnemingsvrijstelling). Maar als alle aandeelhouders hun aandelen aan een „persoonlijke" BV zouden overdragen, zouden er „persoonlijke" besloten vennootschappen zijn die minder dan vijf procent verschaften. Om iedereen van de deelnemingsvrijstelling te laten profiteren, was een herschikking van de aandelenverhoudingen in het geplaatste kapitaal van Verenigde Bootlieden BV nodig. Om een en ander mogelijk te maken nam de algemene vergadering van aandeelhouders de volgende besluiten: eenmalige machtiging van het bestuur tot uitgifte van aandelen (nodig om de kleine aandeelhouders aan een voldoende groot pakket te helpen), uitsluiting van het voorkeursrecht van de aandeelhouders bij deze emissie (nodig om de herschikking mogelijk te maken), en machtiging van het bestuur om de aandelenoverdracht door de aandeelhouders aan de „persoonlijke" besloten vennootschappen goed te keuren (nodig in verband met de statutaire blokkeringsregeling). Eén aandeelhouder, A.W. van den Berge, was het met de besluiten van de algemene vergadering niet eens omdat effectuering ervan ertoe zou leiden dat zijn aandelenpakket van 19,25 procent naar ongeveer 18,5 procent zou terugvallen. Hij was van mening dat de besluiten nietig dan wel vernietigbaar waren. Van den Berge stelde dat de besluiten in strijd waren met de wet, en wel met art. 2:201 BW, dat bepaalt dat aandeelhouders, in verhouding tot het bedrag van hun aandelen, gelijk moeten worden behandeld, en — in samenhang hiermee — in strijd waren met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Het hof had hierover overwogen dat, hoewel het juist was dat een aantal aandeelhouders zijn aandelenbezit meer had kunnen vergroten dan Van den Berge en deze laatste dus strikt genomen ten opzichte van die aandeelhouders niet gelijk was behandeld, het beroep op het gelijkheidsbeginsel faalde. Het hof wees in dit verband onder meer op de relatief geringe financiële offers die de grote aandeelhouders hadden moeten brengen om de kleine aandeelhouders de mogelijkheid te geven van de deelnemingsvrijstelling te profiteren. Dit paste binnen het sociale verband van de vennootschap die een samenwerkingsverband was tussen aandeelhouders die tevens werknemers waren. De HR steunde dit oordeel door te overwegen dat van schending van het beginsel van gelijke behandeling geen sprake is wanneer daarvoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen. Deze bestond in casu in het opheffen van de het fiscale nadeel voor een

aantal aandeelhouders, waartegenover slechts een geringe daling van het aandelenbelang van Van den Berge stond.

Het feitencomplex in de derde uitspraak (Janssen Pers BV tegen Janssen en Janssen Pers Beheer BV) is vrij ingewikkeld. Aan de top van het Janssen Pers-concern stond *Janssen Pers Beheer BV*. Deze vennootschap had een deelneming van 100 procent in het geplaatste kapitaal van *Janssen Pers BV*. Onder deze laatste vennootschap vielen de *werkmaatschappijen* van het concern. De aandelen in de moedervennootschap (Janssen Pers Beheer BV) werden gehouden door de *Stichting Administratiekantoor Janssen Pers Beheer BV*. De certificaten waren in handen van *P.V.J.H. Janssen*. Op instigatie van de bank van het Janssen Pers-concern werd zoveel mogelijk getracht de invloed van Janssen terug te dringen. Uit de concernopbouw vloeit voort dat de algemene vergadering van aandeelhouders van Janssen Pers BV bestond uit Janssen Pers Beheer BV, die op haar beurt werd beheerst door het administratiekantoor. Janssen had er al eerder in moeten toestemmen dat naast hem nog twee personen tot bestuurder van het administratiekantoor waren benoemd. Nu had de algemene vergadering van aandeelhouders van Janssen Pers BV het besluit genomen tot vermindering van het geplaatste kapitaal van de vennootschap (en wel door vermindering van het nominale bedrag van de uitgegeven aandelen), onder gelijktijdige uitgifte van nieuwe aandelen aan buitenstaanders (waardoor de deelneming van Janssen Pers Beheer BV in Janssen Pers BV een minderheidsbelang zou worden). Nadat deze besluiten waren genomen traden de twee personen die naast Janssen als bestuurder van het administratiekantoor waren benoemd af. Zij waren van mening dat door de emissie van aandelen de invloed van Janssen in Janssen Pers BV, en daarmee in de werkmaatschappijen, voldoende was teruggedrongen. Nu was Janssen weer enig bestuurder van het administratiekantoor. Hij gebruikte deze positie bliksemsnel om te bereiken dat het administratiekantoor hem tot enig bestuurder van Janssen Pers Beheer BV benoemde. Als bestuurder van Janssen Pers Beheer BV kon hij in de algemene vergadering van aandeelhouders van Janssen Pers BV stemrecht uitoefenen. Dat deed hij ook: hij bewerkstelligde dat Janssen Pers BV de besluiten tot vermindering van het geplaatste kapitaal en tot uitgifte van aandelen introk, en de bestuurder en de leden van de raad van commissarissen van deze vennootschap ontsloeg. Maar was de positie van Janssen Pers Beheer BV in de algemene vergadering van Janssen Pers BV dan geen minderheidsbelang geworden door de uitvoering van de eerdere besluiten zodat Janssen geen macht meer kon uitoefenen? Dat was inderdaad de vraag. De statutenwijziging, die nodig was om het nominale bedrag van de uitgegeven aandelen te kunnen verminderen, vereiste een ministeriële verklaring van geen bezwaar (art. 2:235 BW), die op 28 januari 1993 werd verleend. Bovendien vergden zowel deze statutenwijziging als de plaatsing van aandelen een notariële akte. Deze akten kwamen op 2 maart 1993 tot stand: dat was óók de dag waarop Janssen de intrekkings- en ontslagbesluiten (schriftelijk en zelfs notarieel) liet vastleggen. Deze gang van zaken heeft

geleid tot een kort geding. In zijn uitspraak in cassatie heeft de HR verschillende belangrijke ondernemingsrechtelijke vragen op het gebied van besluitvorming beantwoord.

Over het intrekken van besluiten overwoog de HR dat een intrekkingsbesluit dat inhoudt dat eerder genomen besluiten tot statutenwijziging en uitgifte van aandelen worden ingetrokken, in de weg staat aan de geldigheid van rechtshandelingen die strekken tot uitvoering van de ingetrokken besluiten, ook indien de beoogde verkrijgers van de aandelen en/of degenen die de vennootschap bij die rechtshandelingen vertegenwoordigen, nog niet op de hoogte zijn van het intrekkingsbesluit. Onduidelijk blijft wat de precieze gevolgen zijn van een intrekkingsbesluit in de verhouding tussen de vennootschap en een wederpartij (bij voorbeeld degene die aandelen heeft genomen). Daarover overweegt de HR enigszins cryptisch: „In het midden kan blijven welke rechtsgevolgen een dergelijke gang van zaken heeft in de verhouding tussen de vennootschap en de beoogde verkrijgers." P. van Schilfgaarde wijst er in Van de BV en de NV (1995), pagina 168 op dat wellicht wordt bedoeld dat de wederpartij eventueel nog nakoming of schadevergoeding kan vorderen.

Op grond van art. 2:227(4) BW hebben de bestuurders en de commissarissen in de algemene vergadering een raadgevende stem. Deze bepaling was niet nageleefd toen de algemene vergadering van Janssen Pers BV de bestuurder en de commissarissen ontsloeg. De HR overwoog dat art. 2:227(4) het raadplegen van het bestuur van de vennootschap dwingend voorschrijft. Hieraan had de algemene vergadering niet mogen voorbijgaan, ook al zou zij ervan hebben kunnen uitgaan dat het raadplegen van de bestuurder slechts ertoe zou leiden dat deze alsnog de eerdere besluiten (tot statutenwijziging en emissie) zou proberen te effectueren.

Art. 2:238 BW bepaalt dat de statuten kunnen bepalen dat besluitvorming van aandeelhouders buiten een algemene vergadering plaatsvindt. Besluitvorming is dan slechts mogelijk met algemene stemmen van de stemgerechtigde aandeelhouders, en de stemmen moeten schriftelijk worden uitgebracht. De intrekkings- en ontslagbesluiten waren op basis van deze bepaling genomen. De HR overwoog dat voor de rechtsgeldigheid van een op basis van art. 2:238 genomen besluit is vereist dat dit met algemene stemmen van de stemgerechtigde aandeelhouders wordt genomen, en dat de aandeelhouders hun stem schriftelijk uitbrengen. Ten aanzien van besluiten die door de enige aandeelhouder worden genomen betekent dit dat voldoende is dat het besluit schriftelijk wordt vastgelegd. Het besluit krijgt niet pas gevolgen wanneer het bestuur ervan op de hoogte is.

b. Besluitvorming die een onrechtmatige daad van een bestuurder vormt

HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 213, Reinout Gustaaf Ferdinand Meier Mattern tegen VHS Onroerend Goed Maatschappij NV

In de procedure die tot deze uitspraak leidde, stelde de eiser niet dat een

besluit van een orgaan van een rechtspersoon nietig of vernietigbaar was. Hier was de vraag aan de orde of een gedraging van een bestuurder tegenover de eiser onrechtmatig was omdat de gedraging uit een onbevoegde handeling van de bestuurder bestond (het ging om een handeling die was verricht na het aftreden van enkele bestuurders en derhalve door een niet meer voltallig bestuur).

Het geplaatste kapitaal van VHS Onroerend Goed Maatschappij NV bestond uit gewone aandelen en prioriteitsaandelen. De prioriteitsaandelen werden gehouden door de Stichting Prioriteit VHS. Het bestuur van de stichting bestond uit drie personen. Nadat twee bestuurders waren afgetreden, heeft de overgebleven bestuurder, R.G.F. Meier Mattern, een nieuwe bestuurder benoemd. Deze beide bestuurders besloten een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van VHS Onroerend Goed Maatschappij NV bijeen te roepen. Op de agenda van deze vergadering stonden onder meer als onderwerpen de schorsing of het ontslag van bestuurders en leden van de raad van commissarissen van VHS Onroerend Goed Maatschappij NV. Deze vennootschap heeft Meier Mattern in kort geding gedagvaard. Zij vorderde intrekking van het besluit om de algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen. De vennootschap beriep zich in dit verband op de statuten van de Stichting Prioriteit VHS die bepaalden dat het stichtingsbestuur slechts geldige besluiten kon nemen wanneer ten minste twee bestuurders aanwezig waren. Toen Meier Mattern zijn medebestuurder benoemde, handelde hij alleen. Door aldus te handelen, en vervolgens met die medebestuurder te besluiten tot het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders had Meier Mattern naar de mening van VHS Onroerend Goed Maatschappij NV tegenover haar onrechtmatig gehandeld. Het hof heeft de vordering toegewezen. Daarbij speelden de bewoordingen van de relevante bepaling in de statuten van de Stichting Prioriteit VHS een grote rol. Deze bepaling luidt: „Geldige besluiten kunnen slechts worden genomen, indien alle in functie zijnde bestuurders, met inachtneming van het hierna bepaalde, zijn opgeroepen en tenminste twee bestuurders, waaronder in ieder geval bestuurder B (Meier Mattern, dG), aanwezig of vertegenwoordigd zijn (...)." Meier Mattern had aangevoerd dat het vereiste van de aanwezigheid van twee bestuurders niet gold wanneer slechts één bestuurder in functie was. Het hof had deze mening verworpen op grond van de overweging dat de statuten uitgingen van de gedachte dat een bestuur dat niet langer uit ten minste twee personen bestond onbevoegd was geworden.

Meier Mattern stelde beroep in cassatie in, maar vond de HR niet aan zijn zijde. Gegeven het feitelijke karakter van het oordeel van het hof, had de HR niet veel ruimte. De relevante rechtsoverweging van de HR luidt: „(Het) middel neemt terecht tot uitgangspunt dat de bevoegdheid van het bestuur van een rechtspersoon om besluiten te nemen, niet afhankelijk is van de voltalligheid van dat bestuur, tenzij de statuten anders bepalen. Het keert zich echter tevergeefs tegen „'s hofs oordeel dat de statuten in het onderhavige

geval anders bepalen. Deze uitleg is immers van feitelijke aard en kan in cassatie derhalve niet als onjuist worden bestreden (...)."

7. Doeloverschrijding

a. Levert een door de moeder gegeven hoofdelijkheidsverklaring ten behoeve van een 100% dochter doeloverschrijding op?

HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, 438, noot Maeijer, Astro Holding NV tegen Pierson, Heldring en Pierson (Curaçao) NV

Astro Holding NV (hierna Astro), is een naamloze vennootschap naar Nederlands-Antilliaans recht. Zij heeft een aantal 100%-dochtermaatschappijen, waaronder Ancora Shipping NV (hierna Ancora) en Denimar Shipping NV (hierna Denimar), eveneens vennootschappen naar Nederlands-Antilliaans recht. Deze vennootschappen, ook wel „offshore-companies" genoemd, zijn om fiscale redenen op Curaçao gevestigd. Pierson, Heldring en Pierson (Curaçao) NV (hierna PHP) heeft enige van haar dochtermaatschappijen (hierna PHP-dochters) tot statutair directeur van deze vennootschappen benoemd. De in Nederland woonachtige heer Ente is ten tijde van de bestreden rechtshandelingen enig aandeelhouder van Astro. Tijdens de procedure overlijdt hij.

PHP verstrekt sinds 1978 een kredietfaciliteit aan Astro van *f* 3.900.000,-. Astro verleent daartegenover hypotheken op onroerende zaken. PHP verstrekt in 1980 aan Ancora en Denimar een lening van *f* 1.000.000,-. In mei 1982 wordt de rekening van Ancora belast met een bedrag van *f* 3.200.000,- terzake van een door PHP aan Rothschild Bank AG (hierna Rothschild) voor Ancora afgegeven bankgarantie. Deze bankgarantie dient als zekerheid voor een grote schuld, die Ancora heeft aan Rothschild. Op 27 mei 1983 moet PHP op grond van die garantie betalen aan Rothschild. Op diezelfde datum verbinden Astro en Ancora, vertegenwoordigd door hun statutaire directies, die — zoals hierboven reeds is vermeld — uit PHP-dochters bestaat, zich tegenover PHP hoofdelijk voor al hetgeen elk van beide vennootschappen aan PHP schuldig is of zal worden. Een overeenkomst van gelijke strekking wordt op 29 september 1983 door Astro en al haar dochters getekend. PHP beëindigt in 1987 de kredietrelatie met Astro. De gesaldeerde debetstand van Astro en haar dochters bedraagt op dat moment ruim 6 miljoen gulden. Astro vordert vervolgens een verklaring voor recht onder andere inhoudende dat de hoofdelijkheidsverklaringen nietig zijn wegens doeloverschrijding. Deze vordering wordt zowel door het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao als het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba afgewezen. Tegen het oordeel van het Hof van Justitie tekent Astro bij de Hoge Raad der Nederlanden (die ook ten aanzien van het Nederlands Antilliaans recht bevoegd is) cassatie aan. De rechtsvraag die in cassatie centraal staat is of de hoofdelijkheidsverklaringen nietig zijn wegens doeloverschrijding. De Hoge Raad oordeelt dat de stelling dat een Nederlands-

Antilliaanse naamloze vennootschap met een doelomschrijving welke mede het deelnemen in andere ondernemingen en vennootschappen vermeldt, in het algemeen haar statutaire doel overschrijdt door zich hoofdelijk te verbinden voor schulden van een 100% dochtervennootschap, ook indien dit geschiedt in het kader van een financiering van deze vennootschap, geen steun vindt in het recht van de Nederlandse Antillen. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat bij de beoordeling van de vraag of het statutaire doel door een bepaalde rechtshandeling wordt overschreden, alle omstandigheden in aanmerking behoren te worden genomen, waaronder ook concernverhoudingen. Voorts overweegt de Hoge Raad dat contractuele beperkingen van de bevoegdheden van de directie niet relevant zijn wanneer het gaat om de vraag welke handelingen al dan niet binnen het statutaire doel van de vennootschap vallen. De cassatieklachten worden door de Hoge Raad verworpen en Astro wordt in het ongelijk gesteld.

Hoewel dit arrest het Antilliaans recht betreft is het ook voor het Nederlandse recht van belang. In het Nederlandse recht wordt de kwestie van de doeloverschrijding geregeld in art. 2:7 BW. Dit artikel bepaalt: „Een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling is vernietigbaar, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten; slechts de rechtspersoon kan een beroep op deze grond tot vernietiging doen." In het Antilliaanse vennootschapsrecht ontbreekt een dergelijke bepaling. De Antilliaanse doctrine neemt aan dat doeloverschrijdende rechtshandelingen van rechtswege nietig zijn. Omdat daar de in de art. 2:7 BW vermelde zeer vergaande bescherming van derden ontbreekt, zal onder het Antilliaanse recht eerder sprake zijn van ongeldigheid wegens doeloverschrijding dan in het Nederlandse recht. In dit arrest is naar Antilliaans recht duidelijk uitgemaakt dat een naamloze vennootschap met een doelomschrijving welke mede het deelnemen in andere ondernemingen en vennootschappen vermeldt, in het algemeen haar statutaire doel niet overschrijdt door zich hoofdelijk te verbinden voor schulden van een 100% dochtervennootschap, ook indien dit geschiedt in het kader van een financiering van deze vennootschap. Dit geldt zeker ook voor het Nederlandse recht.

b. Is de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven beslissend voor de beantwoording van de vraag of het doel is overschreden?

HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 98 noot Maeijer, J.A. Nagtegaal q.q. tegen Westland/Utrecht Hypotheekbank NV

Het statutaire doel van NV Levensverzekeringsmaatschappij De Wereld (hierna De Wereld) luidt als volgt: „De vennootschap heeft ten doel de uitoefening van het verzekeringsbedrijf in de zin van de Nederlandse Wet op het Levensverzekeringsbedrijf, alsmede het verrichten van al datgene wat dit doel kan bevorderen of wat daarmede samenhangt". In 1978 verkrijgt Drimmo Holding BV (hierna Drimmo) indirect (via een subholding) de aandelen van De Wereld. Drimmo voert eveneens de directie van De Wereld.

De Drimmo Groep houdt zich bezig met de handel in, en de bouw en exploitatie van onroerend goed. Vanaf 1978 belast De Wereld zijn onroerend goed met hypotheken en koopt zij onroerend goed aan met geleend geld tegen hypotheekstellingen. De hypotheekrechten worden verleend aan de Westland/Utrecht Hypotheekbank (hierna WUH). Op 17 mei 1983 wordt De Wereld failliet verklaard en Nagtegaal tot curator benoemd. Nagtegaal vordert vervolgens nietigverklaring van de door De Wereld aan de WUH verleende hypotheken op de volgende twee gronden: (1) strijd met art. 9 van de op de onderhavige zaak toepasselijke, per 1 juni 1987 vervallen Wet op het Levensverzekeringsbedrijf. In dit artikel wordt bepaald dat de NV's welke het levensverzekeringsbedrijf uitoefenen geen ander bedrijf mogen uitoefenen; (2) strijd met art. 2:6 BW (oud) omdat de hypotheekstellingen niet dienstig konden zijn tot verwezenlijking van het statutaire doel van De Wereld en WUH wist dat het doel werd overschreden of daarvan niet onkundig kon zijn. De vordering van Nagtegaal wordt zowel door de Rechtbank als het Hof afgewezen. Hiertegen komt Nagtegaal in cassatie op. De rechtsstrijd spitst zich allereerst toe op de vraag of door het lenen van geld onder hypothecair verband sprake is van doeloverschrijding, nu deze rechtshandeling niet onder de letterlijke tekst van het statutaire doel van De Wereld valt. De Hoge Raad oordeelt hierover als volgt. „Bij beantwoording van de vraag of door een bepaalde rechtshandeling het doel van de rechtspersoon in naam waarvan de handeling werd verricht, is overschreden, moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen. De wijze waarop het doel in de statuten van de rechtspersoon is omschreven is daarvoor niet alleen beslissend. Het oordeel van het hof dat het lenen van geld onder hypothecair verband kan vallen binnen het statutaire doel van een rechtspersoon waarvan het doel de uitoefening van het levensverzekeringsbedrijf is, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het antwoord op de vraag of in concreto door het verrichten van zodanige handeling het doel is overschreden, hangt af van de aan het hof voorbehouden beoordeling van de omstandigheden van feitelijke aard." Op deze grond acht de Hoge Raad het arrest van het Hof dus niet cassabel.

In het bovenstaande arrest heeft de Hoge Raad zonder omhaal beslist dat de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven niet beslissend is voor de vraag of er sprake is van doeloverschrijding. Hiervoor moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen.

8. Arbeidsovereenkomst en bestuurder

a. Kan een rechtspersoon „arbeider" zijn in de zin van art. 7A:1637x BW?

HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 215, Bruijns c.s. tegen Arrow Management c.s.

Arrow Management BV (hierna Arrow) voert de directie over een aantal werkmaatschappijen. Per 1 januari 1987 worden Bruijns Management BV (hierna Bruijns BV) en Hoek Management Beheer BV (hierna Hoek BV) tot

directeur van Arrow benoemd. H.S. Bruijns is directeur van Bruijns BV en J.J. Hoek is directeur van Hoek BV De feitelijke directiewerkzaamheden bij Arrow worden door de heren Bruijns en Hoek uitgevoerd. Hun BV's zijn er om fiscale redenen tussengeschoven. Tussen Arrow enerzijds en Bruijns BV en Hoek BV anderzijds worden managementovereenkomsten gesloten. Deze managementovereenkomsten bevatten een concurrentiebeding dat niet alleen voor Bruijns BV en Hoek BV geldt maar ook voor Bruijns en Hoek persoonlijk. Op 12 februari 1988 beëindigt de algemene vergadering van aandeelhouders van Arrow met onmiddellijke ingang de managementovereenkomsten met Bruijns BV en Hoek BV

Bruijns en Hoek beginnen vervolgens op dezelfde markt als Arrow voor zichzelf en doen daarbij ondanks het concurrentiebeding ook zaken met relaties van Arrow. Arrow poogt vervolgens in kort geding naleving van het concurrentiebeding af te dwingen. Bruijns BV, Bruijns, Hoek BV en Hoek (hierna Bruijns c.s.) verweren zich onder meer met de stelling dat Arrow de managementovereenkomsten met Bruijns c.s. zou hebben verbroken zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen. Op grond hiervan zou Arrow schadeplichtig zijn geworden (zie art. 7A:1639o BW) zodat zij zich krachtens art. 7A:1637x lid 3 BW niet meer kon beroepen op het concurrentiebeding. Art. 7A:1637x lid 3 BW bepaalt namelijk het volgende over een tussen de werkgever en de arbeider aangegaan concurrentiebeding: „Aan een beding, als in het eerste lid bedoeld, kan de werkgever geen rechten ontlenen, indien hij wegens de wijze, waarop de dienstbetrekking is beëindigd, schadeplichtig is geworden." Arrow stelt echter dat art. 7A:1637x BW in casu niet van toepassing is omdat elk van de managementovereenkomsten is afgesloten tussen twee rechtspersonen en er dus geen sprake is van een concurrentiebeding aangegaan tussen een werkgever en een arbeider. Zowel de President van de Rechtbank als het Hof stellen Arrow wat dit betreft in het gelijk. In cassatie overweegt de Hoge Raad dat alleen Bruijns BV en Hoek BV directeuren van Arrow waren. „Zij kunnen echter niet worden aangemerkt als arbeiders in de zin van de bepalingen van de zevende titel A van het vierde boek BW, omdat arbeider in die zin slechts een natuurlijk persoon kan zijn. (...) Uit het voorgaande volgt dat art. 1637x, derde lid, op de rechtsverhoudingen tussen de onderhavige partijen niet toepasselijk is. Voor analogische toepassing bestaat, gelet op de aard van de onderhavige rechtsverhoudingen, geen grond."

b. Ontslag bestuurder (natuurlijke persoon) vennootschap: vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke betrekking

HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265, noot Stein, cassatie in het belang der wet in de zaak van A.H. Levison tegen MAB Groep BV

Levison is benoemd tot statutair bestuurder van de MAB Groep BV (hierna MAB). Hij verricht zijn werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst met MAB. Dit betekent dat hij niet alleen in een vennootschapsrechte-

lijke betrekking maar ook in een arbeidsrechtelijke betrekking tot MAB staat. Op 31 oktober 1990 wordt hij ziek. Aanvankelijk is hij daardoor 100% arbeidsongeschikt. Vanaf 10 juni 1990 is hij nog voor 50% arbeidsongeschikt. Op 27 augustus 1991 zegt de algemene vergadering van aandeelhouders de arbeidsovereenkomst met Levison op tegen 15 december 1991. Levison meent dat hiermee in strijd gehandeld is met het in art. 7A:1639h lid 3 BW vervatte verbod tot ontslag tijdens ziekte, roept vervolgens op grond van art. 7A:1639o lid 5 de nietigheid in van het ontslag en vordert doorbetaling van het loon. MAB beroept zich echter op art. 2:244 lid 1 en 3 BW. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat iedere bestuurder te allen tijde kan worden ontslagen; het derde lid van dit artikel bepaalt, dat een veroordeling tot herstel van dienstbetrekking niet kan worden uitgesproken. De Rechtbank Den Haag oordeelt dat met een vennootschapsrechtelijke regeling, die bepaalt dat de bestuurder/directeur te allen tijde kan worden ontslagen en dat de rechter niet het herstel van dienstbetrekking van die bestuurder/directeur kan bevelen, beter in overeenstemming valt te brengen de opvatting dat het ontslag niet de sanctie van nietigheid kent dan de tegenovergestelde opvatting. Levison stelt hoger beroep in tegen dit vonnis doch trekt dit in nadat partijen een schikking hebben getroffen. Vervolgens vordert de PG bij de Hoge Raad cassatie van dit vonnis „in het belang der wet". Een dergelijke vordering kan wel vernietiging van het vonnis meebrengen maar die vernietiging kan geen nadeel toebrengen aan de rechten door partijen verkregen. Met andere woorden, voor partijen blijft alles zoals het is maar de Hoge Raad heeft wel de mogelijkheid zich over de in het vonnis vervatte rechtsvraag uit te spreken. De Hoge Raad overweegt: „Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat, wanneer een natuurlijk persoon als bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap is benoemd en — zoals veelal het geval is en hier door de rechtbank is aangenomen — zijn werkzaamheden krachtens arbeidsovereenkomst verricht, een bij geldig besluit van het bevoegde orgaan van de vennootschap aan hem als bestuurder verleend ontslag wel ingevolge art. 2:134 lid 1 resp. art. 2:244 lid 1 BW meebrengt dat hij de hoedanigheid van bestuurder der vennootschap verliest en dus geen van de aan deze hoedanigheid verbonden bevoegdheden meer kan uitoefenen, maar niet tot gevolg behoeft te hebben dat ook de dienstbetrekking eindigt. Het antwoord op de vraag welke gevolgen het ontslagbesluit heeft voor de arbeidsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap, moet worden gegeven aan de hand van het bepaalde in de arbeidsovereenkomst en in de op arbeidsovereenkomsten toepasselijke wetsbepalingen, voor zover Boek 2 BW deze wetsbepalingen niet uitdrukkelijk terzijde stelt." Vervolgens oordeelt de Hoge Raad met een beroep op de wetsgeschiedenis en de ratio van de betreffende arbeidsrechtelijke bepalingen als volgt. Het verbod van opzegging van de dienstbetrekking zolang de werknemer wegens ziekte ongeschikt is tot het verrichten van arbeid en die ongeschiktheid nog geen twee jaren heeft geduurd en de mogelijkheid om bij een dergelijke opzegging op grond van art. 7A:1639o lid 5 BW de nietigheid

daarvan in te roepen, geldt ook indien de werknemer bestuurder van NV of BV is. De Hoge Raad meent dat toepasselijkheid van de nietigheidssanctie niet tot een vennootschapsrechtelijk onaanvaardbaar resultaat leidt. „In de door het ontslag van de bestuurder ontstane vacature kan terstond worden voorzien en de ontslagen bestuurder kan zich daartegen niet verzetten. Het door art. 2:134 en art. 2:244 beschermde belang van de vennootschap, te worden bestuurd door personen die het vertrouwen genieten van het orgaan dat voor de samenstelling van het bestuur verantwoordelijk is, is derhalve gewaarborgd."

De Hoge Raad brengt dus een duidelijke scheiding aan tussen de vennootschapsrechtelijke betrekking en de arbeidsrechtelijke betrekking die een bestuurder tot de vennootschap heeft. Het feit dat een ontslagbesluit vennootschapsrechtelijk in orde is, betekent niet dat de bestuurder arbeidsrechtelijk geen mogelijkheden meer heeft om zich tegen zijn ontslag te verzetten of schadevergoeding te eisen. Een eventuele nietigheid ex art. 7A:1639o lid 5 BW van zijn ontslag brengt mee dat zijn loon doorbetaald moet worden. Recht om zijn werkzaamheden als bestuurder te hervatten heeft hij echter niet. Mendel, Hoofdzaken NV en BV, Deventer 1995, p. 56 schetst hoe een bestuurder, die te horen heeft gekregen dat hij bij besluit van een vennootschapsorgaan is ontslagen, kan terugvechten. „Het ligt voor de hand dat hij eerst onderzoekt of er wel een geldig ontslagbesluit is (vennootschapsrechtelijk). Zonder zo'n besluit is hij als bestuurder immers niet ontslagen. Pas als is vastgesteld dat het ontslagbesluit onaantastbaar is, komt de vraag aan de orde welke gevolgen het arbeidsrecht aan het ontslag verbindt, waarbij art. 134/244 lid 3 een beletsel vormt om een herstel van dienstbetrekking uit te spreken."

Een andere vraag is welke rechter bevoegd is bij ontslag van een bestuurder/werknemer. In art. 2:241 BW wordt een uitzondering op de bevoegdheid van de kantonrechter in arbeidszaken geformuleerd ten aanzien van de overeenkomst tussen de bestuurder en de BV Art. 2:131 BW bevat een soortgelijke uitzondering voor de overeenkomst tussen de bestuurder en de NV Voor geschillen ten aanzien van deze overeenkomsten is volgens deze artikelen de Rechtbank bevoegd binnen wier rechtsgebied de vennootschap haar woonplaats heeft. Uit HR 17 november 1995 *RvdW* 1995, 238, Atlantic Nominees BV tegen J. van den Elshout (cassatie in het belang der wet), blijkt dat dit eveneens geldt indien door middel van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders uitsluitend de vennootschapsrechtelijke betrekking is beëindigd maar de arbeidsrechtelijke betrekking met de ex-bestuurder (voorlopig) voortbestaat. De scheiding die de Hoge Raad in het Levison-arrest heeft aangebracht tussen de vennootschapsrechtelijke betrekking en de arbeidsrechtelijke betrekking die een bestuurder tot de vennootschap heeft, werkt derhalve procesrechtelijk niet door.

c. Is de weigering om een door de algemene vergadering van aandeelhouders gewenst beleid uit te voeren een redelijke grond voor ontslag?

HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271, noot Maeijer, G.L. Meijers tegen Mast Holding BV

Tot in 1983 wordt Mast Holding BV (hierna Mast Holding) geleid door L. Mast. Na diens overlijden komt Mast Holding in de problemen. G.L. Meijers treedt op 1 januari 1984 in dienst van Mast Holding BV als directiesecretaris. Mevrouw Mast-Meijers (zus van G.L. Meijers) is dan enig aandeelhoudster en tevens formeel directeur van Mast Holding. Deze functie wordt echter feitelijk niet door haar vervuld. Op 1 januari 1986 wordt G.L. Meijers benoemd tot directeur. Zijn werkzaamheden veranderen daardoor niet omdat hij de facto sinds 1 januari 1984 een directietaak vervulde bij Mast Holding. Naast G.L. Meijers en (formeel) mevr. Mast-Meijers was er nog een derde directielid, L. Meijers, vader van de beide andere directieleden, die benoemd is als algemeen directeur. In de periode 1984-1986 lijdt Mast Holding steeds grotere verliezen. Op aandringen van de huisbank die het krediet dreigt op te zeggen wordt eind 1986 een management-adviesbureau ingeschakeld. Op 14 mei 1987 wordt door dit bureau een rapport uitgebracht, waarin ernstige kritiek wordt geuit op de leiding en suggesties worden gedaan ter verbetering van de situatie. Op de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna ava) van Mast Holding, die op 1 juni 1987 naar aanleiding van dit rapport wordt belegd, gaat G.L. Meijers niet akkoord met dit rapport en weigert zijn medewerking te verlenen aan de uitvoering daarvan. Op de ava van 12 juni 1987 wordt besloten G.L. Meijers ontslag aan te zeggen tegen 7 augustus 1987. G.L. Meijers vecht zijn ontslag aan. Hij stelt zich daarbij op het standpunt dat zijn ontslag kennelijk onredelijk is in de zin van art. 7A:1639s lid 2 sub 7 BW omdat het zonder opgave van redenen zou zijn gegeven, er geen voorzieningen voor hem zouden zijn getroffen en het zeer moeilijk voor hem zou zijn ander werk te vinden. Zowel de Rechtbank als het Hof menen dat de redenen voor het ontslag ten tijde van het ontslagbesluit duidelijk waren. Die redenen waren (1) het in het verleden door G.L. Meijers gevoerde beleid en (2) diens weigering het door aandeelhoudster voorgestane beleid (berustend op het rapport van het adviesbureau) uit te voeren. G.L. Meijers komt op verschillende gronden tegen dit oordeel van het Hof in cassatie op. In de eerste plaats voert hij aan dat met dit oordeel art. 2:139 BW is geschonden. Dit artikel bepaalt dat, behoudens statutaire afwijking, het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap. Nu het bestuur uit drie leden bestaat kan hij als individuele bestuurder niet verantwoordelijk zijn voor het gezamenlijk gevoerde beleid. De Hoge Raad verwerpt deze klacht „omdat, hoezeer het bestuur berust bij de bestuurders gezamenlijk, iedere bestuurder afzonderlijk voor zijn aandeel in het bestuur en dus in dit beleid verantwoordelijk is tegenover de algemene vergadering van aandeelhouders." Voorts voert L.G. Meijers aan dat het Hof door zich te baseren op de weigering van hem om het door de ava voorgestane beleid uit

te voeren, uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van art. 2:217 jo. art. 2:239 BW. Uit deze artikelen blijkt dat niet de ava maar het bestuur belast is met het besturen. De weigering om het door de ava gewenst beleid uit te voeren zou derhalve geen redelijke grond voor ontslag op kunnen leveren. De Hoge Raad oordeelt hieromtrent als volgt: „Deze opvatting is onjuist. De weigering van een bestuurder van een vennootschap om een door de algemene vergadering van aandeelhouders gewenst beleid uit te voeren kan een redelijke grond voor ontslag zijn. Of die weigering in concreto een redelijke grond oplevert, hangt af van het door de algemene vergadering gewenste beleid en van de overige omstandigheden. In het onderhavige geval betrof het door de algemene vergadering voorgestane beleid de naleving van de aanbevelingen in een rapport van een organisatieadviseur dat is opgesteld in verband met de financiële positie van de vennootschap welke werd gekenmerkt door een jarenlange verliesgevende situatie en een slechter wordende solvabiliteitspositie. Gelet op die omstandigheden geeft het oordeel van het hof, dat hier geen sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting."

Dit arrest kan niet los gezien worden van enerzijds HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43 (Forum-Bank) en anderzijds HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (Ogem). Uit het eerstgenoemde arrest volgt dat de ava de bij wet en statuten getrokken grenzen van haar bevoegdheid niet mag overschrijden, ook niet in de vorm dat zij bindende instructies zou mogen geven aan het bestuur. De ava heeft dus geen instructierecht. De hierboven besproken overwegingen van de Hoge Raad zijn hiermee in overeenstemming omdat de Hoge Raad spreekt van een door de ava *gewenst* beleid. Uit het Ogem-arrest blijkt echter dat de ava wel een zekere instructie*macht* heeft om de door het bestuur gegeven richtlijnen en aanwijzingen, ten aanzien van het door haar gewenste beleid, af te dwingen. Deze instructiemacht bestaat omdat de ava de mogelijkheid heeft om (een lid van) het bestuur te ontslaan indien deze de instructies niet opvolgt. Uit het hier besproken arrest blijkt dat het gebruik maken van deze instructiemacht niet per se een kennelijk onredelijk ontslag in de zin van art. 7A:1639s BW oplevert. Dit hangt van de omstandigheden van het geval af. Men zie voorts over deze kwestie de noot van Maeijer onder dit arrest in *NJ* 1993, 271.

9. Decharge nietig of in strijd met de goede trouw?

HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 308, noot Maeijer, Ellem Beheer BV tegen L.M. De Bruin

De Bruin is van 1965 tot 25 mei 1983 enig directeur van Ellem Beheer BV (hierna Ellem). Hij is meerderheidsaandeelhouder. Zijn echtgenote heeft de resterende aandelen in handen. In december 1982 komen de Bruin en zijn echtgenote met Hazewinkel overeen om het volledige aandelenpakket aan hem of een door hem aan te wijzen lasthebber te verkopen voor

f 2.000.000,-. Het balanstotaal van Ellem bedraagt op 31 december 1982 *f* 4.867.927,- Begin januari 1983 geeft De Bruin als directeur opdracht om *f* 1.900.000,- over te maken van Ellems bankrekening naar de bankrekening van Bungalet AG (hierna Bungalet) te Zug, Zwitserland. Deze betaling geschiedt op grond van een op verzoek van Hazewinkel aangegane geldlening ten behoeve van Bungalet. Hazewinkel weet dat De Bruin deze betaling verrichtte zonder onderzoek naar de naam en faam van Bungalet en zonder dat zekerheid werd gesteld. Op 14 januari 1983 zendt het accountantskantoor van Ellem de jaarrekening van Ellem over 1982 met een begeleidende brief. In deze brief deelt het kantoor mede dat zij over de getrouwheid van het beeld, dat de jaarrekening over 1982 van de grootte (en) samenstelling van het vermogen per 31 december 1982 en het resultaat over 1982 geeft geen oordeel kan uitspreken. Tevens wordt opgemerkt dat er in 1983 *f* 1.900.000,- betaald is aan derden, waarover nadere gegevens ontbreken. Op 25 mei 1983 wordt op de algemene vergadering van aandeelhouders De Bruin ontslagen en hem met volledige kennis van de handelingen van De Bruin decharge verleend voor het door hem gevoerde beheer. Eveneens op 25 mei 1983 worden alle aandelen bij akte verkocht aan H. Ritter-Wagner te Zwitserland voor een bedrag van *f* 2.000.000,-. De koper wordt daarbij vertegenwoordigd door Hazewinkel. In de koopovereenkomst wordt verklaard dat partijen bekend zijn met de aan de akte gehechte balans van Ellem en de daarbij behorende brief van het accountantskantoor van Ellem en de recente vermogensmutaties van Ellem. In de balans van 30 juni 1983 van Ellem wordt een bedrag van *f* 1.750.000,- als lening aangemerkt. Vervolgens wordt het aandelenpakket meermalen verkocht en wordt de directie diverse keren gewijzigd. In 1985 wint Ellem informatie in bij de handelsregisters van Zug en Schwyz in Zwitserland. Hieruit blijkt dat Bungalet daar niet is ingeschreven. Vermoedelijk bestaat deze vennootschap helemaal niet. Ellem spreekt vervolgens De Bruin aan tot vergoeding van de schade. Deze beroept zich echter op de door Ellem aan hem verleende decharge. Zowel de Rechtbank als het Hof wijzen de vordering van Ellem af. Het Hof verwerpt het betoog van Ellem dat De Bruin zich niet op de decharge kan beroepen omdat *a.* de decharge, ook indien zij werd verleend voor opzettelijk begaan schadeveroorzakend gedrag jegens Ellem, niet nietig is op grond van art. 1373 BW (oud, deze bepaling had nietigheid tot gevolg van rechtshandelingen met een oorzaak die in strijd met de openbare orde of de goede zeden is), reeds omdat De Bruin niet houder van alle aandelen was, doch alleen van een meerderheid van de aandelen; *b.* het beroep op decharge in de gegeven omstandigheden ook niet in strijd komt met de goede trouw. Ellem tekent hiertegen cassatieberoep aan.

De Hoge Raad overweegt: „Vooropgesteld moet worden dat blijkens het voorgaande de decharge op 25 mei 1983 aan De Bruin is verleend, toen de algemene vergadering van aandeelhouders uitsluitend bestond uit hemzelf en zijn echtgenote. Nu ook voor wat betreft zijn echtgenote het tegendeel niet is aangevoerd, dient uitgangspunt te zijn dat ten tijde van de decharge beide

aandeelhouders met de in deze zaak aan de orde zijnde handelingen van De Bruin volledig bekend waren. Bij dit uitgangspunt is niet in te zien, waarom de aan De Bruin verleende decharge bloot zou staan aan een door de vennootschap in te roepen nietigheid als bedoeld in art. 1373 BW of waarom De Bruin zich jegens de vennootschap niet te goeder trouw op deze decharge zou kunnen beroepen, ook al zou De Bruin door voormelde handelingen aan de vennootschap, opzettelijk of onzorgvuldig, nadeel hebben toegebracht. Daarbij verdient aantekening dat het in deze zaak niet gaat om het geval dat schade is geleden door derden, doch uitsluitend om de vraag of de decharge kan worden tegengeworpen aan een vordering van de vennootschap zelf tot schadevergoeding terzake van het door De Bruin gevoerde beheer. Tegen deze achtergrond kan geen van de middelen tot cassatie leiden."

Door deze beslissing wordt het belang van een goed (zogenoemd „due diligence") onderzoek bij de overname van een vennootschap nog eens onderstreept. Doet men dit niet dan kan men als koper van de aandelen voor onaangename verrassingen komen te staan. Het is dan in de regel niet mogelijk gevolgen van deze verrassingen op vorige directies te verhalen omdat deze zich dikwijls voor het door hen gevoerde beheer hebben laten dechargeren.

10. Bestuurdersaansprakelijkheid

a. Onrechtmatige daad bestuurder

HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, noot Maeijer, Stimulan BV tegen B.A.H. Klaas

HR 15 januari 1993, *NJ* 1993, 301, noot Maeijer, JMG Promotie Holding BV, e.a. tegen Henkel Nederland BV

HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766, noot Maeijer, J.A.Th.P.C. Romme tegen J.A.M.R. Bakker

HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411, noot Maeijer, R.C. van Waning tegen A. van der Vliet

b. Tweede misbruikwet (Wet bestuurdersaansprakelijkheid)

HR 22 december 1993, *NJ* 1994, 313, X tegen de Staatssecretaris van Financiën

c. Derde misbruikwet (Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement)

HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, noot 1 Maeijer; noot 2 Alkema, A.U. Koster tegen Mr. J.C. van Nie, curator in het faillissement van Kobo BV

HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, noot Maeijer, Mr. J.L. Brens, curator in het faillissement van Kempes en Sarper BV, tegen B. Sarper

HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 52, noot Maeijer, H.A. den Toom Onroerend

Goed BV tegen Mr. N.J. Kreek, curator in het faillissement van Bowling Kralingen BV

HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 272, noot Maeijer, J.P. de Kraa tegen Mr. H.J.J.M. van der Bruggen, curator in het faillissement van de Stichting „De Zilver Ster"

a. Onrechtmatige daad bestuurder

Indien een bestuurder door het aangaan van een overeenkomst namens de vennootschap handelt in strijd met de zorgvuldigheid die hij naar verkeersnormen jegens de wederpartij van de vennootschap in acht heeft te nemen, kan hij uit onrechtmatige daad (art. 1401 (oud) BW; art. 6:162 BW) persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schade die de wederpartij daardoor lijdt. In zijn arrest van 6 oktober 1989 (Stimulan/Klaas) overwoog de Hoge Raad — in overeenstemming met de heersende leer — dat van zulk een onrechtmatige daad c.q. persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder sprake is indien deze bij het aangaan van de overeenkomst namens de vennootschap wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die wanprestatie zou lijden. In de onderhavige zaak had de wederpartij (Stimulan BV) van de vennootschap (Beklamel BV) in cassatie aangevoerd dat voor de bestuurder (Klaas) een andere, strengere norm moest worden gehanteerd, nu hij behalve bestuurder tevens enig aandeelhouder van de vennootschap was (zodat de vennootschap niet veel meer zou zijn dan het verlengstuk van de bestuurder/enig aandeelhouder persoonlijk). De bestuurder/enig aandeelhouder zou, aldus nog steeds het cassatiemiddel, pas dan niet aansprakelijk zijn ingeval hij serieus kon menen, althans redelijkerwijs mocht verwachten dat de vennootschap aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. De Hoge Raad wilde van deze gedachtengang evenwel niet weten. Het enig aandeelhouderschap van de bestuurder wijzigt de hierboven weergegeven materiële maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder niet. Die maatstaf is door de Hoge Raad nog eens bevestigd in het arrest van 15 januari 1993 (JMG/Henkel), alsmede in het aanstonds te bespreken arrest van 10 juni 1994 (Romme/Bakker).

Naar Nederlands bewijsrecht (art. 177 Rv.) draagt de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten, *tenzij* uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Toegepast op de problematiek van de bestuurdersaansprakelijkheid brengt dit mee dat in beginsel de schuldeiser feiten en omstandigheden dient aan te voeren waaruit blijkt dat de bestuurder op het moment dat hij namens de vennootschap een overeenkomst aanging, wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap haar daaruit voortvloeiende verplichtingen niet zou kunnen nakomen, althans geen verhaal zou bieden voor de ten

gevolge van die wanprestatie door de wederpartij te lijden schade. Die bewijslast is zwaar — maar in bepaalde gevallen is de Hoge Raad bereid de schuldeiser juist ten aanzien van het te leveren bewijs enigszins tegemoet te komen. Van die bereidheid bleek bijvoorbeeld in de uitspraak van 10 juni 1994 (Romme/Bakker). François, de echtgenoot van Romme, dreef een assurantiebemiddelingsbedrijf dat hij in 1980, kort vóór zijn overlijden, verkocht aan De Brabanden Beheer BV De door De Brabanden Beheer BV verschuldigde koopsom bestond uit een aan Romme te betalen lijfrente. Ten tijde van de verkoop was Bakker enig aandeelhouder en enig bestuurder van De Brabanden Beheer BV Deze vennootschap was op haar beurt enig aandeelhoudster van De Brabanden Assurantiën BV Laatstgenoemde vennootschap, waarvan Bakker wederom enig bestuurder was, oefende gedurende enige tijd het overgenomen assurantiebemiddelingsbedrijf uit; zij inde ook de provisies. Betrekkelijk kort na de verkoop van het assurantiebedrijf gingen echter zowel De Brabanden Assurantiën BV als De Brabanden Beheer BV failliet, waarop Romme Bakker uit onrechtmatige daad aansprak terzake van de onbetaald gebleven lijfrentetermijnen. Het gerechtshof oordeelde dat Romme feiten en omstandigheden moest bewijzen waaruit kon worden afgeleid dat Bakker bij het aangaan van de overeenkomst in 1980 wist, althans redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen behoorlijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ten gevolge van die wanprestatie door haar, Romme, te lijden schade. Romme ging van het tussenarrest van het hof in cassatie.

Voor zover Romme zich verzette tegen de door het hof aangelegde maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van Bakker, faalde haar beroep in cassatie voorzienbaar (op dit punt strookt 's hofs uitspraak immers volledig met de hiervoor besproken jurisprudentie van de Hoge Raad). Maar Romme had ook een aantal klachten geformuleerd tegen de *bewijslast* die het hof haar had toebedeeld. Zij voerde daartoe aan dat in een geval als het onderhavige, waarin Bakker als enig bestuurder/aandeelhouder volledige zeggenschap had over de Brabanden Beheer BV, „een bijzondere regel" gold in de zin van art. 177 Rv., op grond waarvan het hof tot een omkering van de bewijslast had moeten besluiten, en wel in die zin dat Bakker belast had moeten worden met het bewijs dat hij bij het aangaan van de overeenkomst niet wist en ook niet redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat, kort gezegd, De Brabanden Beheer BV niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. De Hoge Raad ging weliswaar niet zo ver dat hij het bestaan van een bijzondere regel van zo algemene strekking erkende, maar hij gaf wèl aan dat zich gevallen kunnen voordoen waarin het zozeer voor de hand ligt dat degeen die de volledige zeggenschap had over de nalatige vennootschap, wordt belast met genoemd bewijs, dat, indien de rechter toch de verhaal zoekende eiser belast met het bewijs van het tegendeel, hij behoort te preciseren welke bijzondere omstandigheden die bewijslastverdeling rechtvaardigen. Van zulk een geval zal, aldus de Hoge Raad,

onder meer sprake zijn indien aannemelijk is dat ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst de vennootschap zelf niet, althans niet in voldoende mate over financiële middelen beschikte om aan haar verplichtingen te voldoen en wat dat betreft afhankelijk was van haar daartoe door een andere, door haar beheerste vennootschap ter beschikking te stellen middelen. Op grond van hetgeen ten processe vaststond, ging de Hoge Raad er vervolgens van uit dat zulk een geval zich inzake Romme tegen Bakker inderdaad voordeed. Het tussenarrest van het hof, dat zonder meer Romme aanwees als degene die moest bewijzen dat aan de vereisten voor persoonlijke aansprakelijkheid van Bakker was voldaan, werd derhalve vernietigd.

Het zojuist besproken arrest borduurt voort op hetgeen de Hoge Raad reeds in zijn uitspraak van 3 april 1992 (Van Waning/Van der Vliet) had beslist. Hoewel Van der Vliet Jachtmakelaars BV bij onherroepelijk vonnis van de rechtbank was veroordeeld tot (door)betaling van loon aan Van Waning, bleef elke betaling van deze vennootschap aan haar werknemer uit. Van Waning trachtte verhaal op de vennootschap uit te oefenen, maar slaagde daarin niet: de vennootschap had geen bankrekeningen, de kantoorinventaris stond op naam van een andere vennootschap (Van der Vliet Maritiem BV). Vervolgens probeerde Van Waning het faillissement van Van der Vliet Jachtmakelaars BV uit te lokken, maar het verzoek tot faillietverklaring werd zowel in eerste instantie als in hoger beroep afgewezen omdat de nalatige vennootschap niet verkeerde in de toestand waarin zij was opgehouden haar schulden te betalen; die toestand vereist dat de schuldenaar meer dan één schuld onbetaald laat (men vergelijke de artt. 1 jo. 3 lid 6 Faillissementswet). Hierop sprak Van Waning Van der Vliet aan tot betaling van het door de vennootschap verschuldigde bedrag. Van der Vliet was enig bestuurder van Van der Vliet Jachtmakelaars BV, waarvan de aandelen alle in handen waren van Van der Vliet Maritiem BV Van laatstgenoemde vennootschap was Van der Vliet ook enig bestuurder en enig aandeelhouder. Van Waning nu baseerde zijn vordering op Van der Vliet op de stelling dat deze jegens hem onrechtmatig handelde door als bestuurder van Van der Vliet Jachtmakelaars BV te weigeren om de schuld van deze vennootschap aan hem te voldoen.

Het gerechtshof wees de vordering van Van Waning af omdat naar zijn oordeel onvoldoende aannemelijk was geworden, dat Van der Vliet Jachtmakelaars BV in staat zou zijn de vordering te voldoen. Het hof ging er voorshands van uit dat de niet-betaling het gevolg was van betalings*onmacht* van de vennootschap, niet van betalings*onwil* van Van der Vliet. In cassatie had Van Waning meer succes. De Hoge Raad overwoog dat degene die volledige zeggenschap heeft over een nalatige vennootschap — zoals in casu Van der Vliet over Van der Vliet Jachtmakelaars BV — aannemelijk dient te maken dat de vennootschap niet in staat is te betalen. Het enkele feit dat in het onderhavige geval voorshands niet aannemelijk was geworden dat de vennootschap kon betalen, rechtvaardigde volgens de Hoge Raad nog niet de conclusie dat er van betalingsonwil van Van der Vliet geen sprake was. Die

veronderstelde betalingsonmacht van de vennootschap zou immers heel wel gepaard gegaan kunnen zijn met en zelfs haar oorzaak gevonden kunnen hebben in betalingsonwil van Van der Vliet. Tenslotte wees de Hoge Raad erop dat het hof had miskend dat de vraag of de vennootschap in staat was de schuld te voldoen, niet samenvalt met die of voor een schuld van de vennootschap door middel van executiemaatregelen verhaal op haar kan worden genomen. De betaling van een schuld behoeft immers niet noodzakelijk te geschieden uit voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen, maar kan ook plaatsvinden uit gelden die de vennootschap ter beschikking staan krachtens een bestaande of nog te krijgen kredietfaciliteit. De Hoge Raad achtte het niet uitgesloten dat degene die volledige zeggenschap over de vennootschap heeft, jegens de betreffende schuldeiser onrechtmatig handelt door na te laten ervoor te zorgen dat van deze faciliteiten gebruik wordt gemaakt.

b. Tweede misbruikwet (Wet bestuurdersaansprakelijkheid)

In 1987 zijn enige, in diverse fiscale en sociale verzekeringswetten ondergebrachte regelingen van kracht geworden op grond waarvan de bestuurders van een aan de heffing van omzetbelasting onderworpen rechtspersoon (dus niet alleen een NV of BV, maar ook een „commerciële" vereniging of stichting dan wel een aan die heffing onderworpen buitenlandse rechtspersoon) aansprakelijk kunnen worden gesteld voor bepaalde premie- en belastingschulden van die rechtspersoon. Deze wetgeving, waarin belangrijke procedurele wijzigingen zijn aangebracht door de Invorderingswet 1990, wordt wel aangeduid als de tweede misbruikwet of als de Wet bestuurdersaansprakelijkheid (hierna: W.B.A.). Deze W.B.A. legt de genoemde rechtspersonen de verplichting op onmacht tot betaling van belastingschulden of premies onverwijld aan de uitvoeringsinstanties te melden. Indien aan deze meldingsplicht niet wordt voldaan, dan wordt vermoed dat de niet-betaling aan de bestuurders te wijten is; tot weerlegging van dit vermoeden wordt alleen toegelaten de bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat de rechtspersoon niet aan de meldingsplicht heeft voldaan. Is de betalingsonmacht op de juiste wijze gemeld, dan kan de bestuurder slechts aansprakelijk worden gesteld voor de belasting- of premieschulden, indien de desbetreffende uitvoeringsinstantie aannemelijk maakt dat de niet-betaling te wijten is aan de bestuurder als gevolg van „kennelijk onbehoorlijk bestuur".

Het geval dat leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 22 december 1993 betrof de niet-betaling van verschuldigde loonbelasting ten bedrage van ruim hfl. 570.000 door BV A. Deze vennootschap exploiteerde — voordat zij eind 1987 in staat van faillissement werd verklaard — een rozenkwekerij. Belanghebbende X, zijn broers Y en Z stonden allen in het handelsregister ingeschreven als bestuurder van BV A. Het hof stelde vast dat de boekhouding van de vennootschap een aantal gebreken vertoonde, dat tot een bedrag van ruim hfl. 865.000 aan „zwart loon" was uitbetaald en dat X volgens

verklaringen van werknemers van de BV zeer frequent zonder betaling bloemen uit het bedrijf mee naar huis had genomen om deze te verkopen aan bloemisten. Het hof achtte, gelet op een en ander, aannemelijk dat de niet-betaling van de door BV A verschuldigde loonbelasting te wijten was aan belanghebbende X als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het verweer van X dat hij weliswaar formeel bestuurder was van de vennootschap, maar dat hij in de praktijk niet meer was dan een „meesterknecht", de voorman van de in de tuinbouwbedrijven werkzame agrarische medewerkers, die zich niet met het financiële reilen en zeilen van de onderneming inliet, werd door het hof verworpen. In cassatie bestreed X tevergeefs de opvatting van het hof dat de W.B.A. uitgaat van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders op basis van een collectieve verantwoordelijkheid voor de financiële gang van zaken. De Hoge Raad overwoog (onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de W.B.A.) dat indien — zoals hier — aannemelijk is dat de niet-betaling van de door de BV verschuldigde belasting een gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, *elk* der bestuurders *hoofdelijk* aansprakelijk is, evenwel met dien verstande dat de aangesproken bestuurder niet aansprakelijk is, indien blijkt dat dat kennelijk onbehoorlijk bestuur niet aan hem te wijten is. Van feiten of omstandigheden die X in dit verband zouden kunnen disculperen, was het hof noch de Hoge Raad gebleken.

c. Derde misbruikwet (Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement)

Eveneens in 1987 is als belangrijkste onderdeel van de zogenoemde derde misbruikwet — ook wel: de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement (W.B.F.) — het nieuwe art. 2:248 BW in werking getreden (deze bepaling is voor besloten vennootschappen gelijkluidend aan die van art. 2:138 BW voor naamloze vennootschappen). De bepaling is alleen toepasselijk bij faillissement van de vennootschap en betreft de aansprakelijkheid van bestuurders van een BV jegens de boedel voor het faillissementstekort, d.w.z. voor het bedrag waarmee de schulden in het faillissement de baten overtreffen. De vordering moet worden ingesteld door de curator. Volgens art. 2:248 lid 1 BW is in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor dit faillissementstekort, indien de curator bewijst dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld én aannemelijk is dat die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (er moet derhalve sprake zijn van een causaal verband tussen het een en het ander). Art. 2:248 lid 2 BW brengt met betrekking tot een tweetal situaties een ingrijpende versteviging van de (bewijs)positie van de curator teweeg. Ingevolge deze bepaling heeft het bestuur zijn taak (kennelijk) onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn wettelijke verplichtingen tot het voeren van een behoorlijke

boekhouding (art. 2:10 BW) of tot (tijdige) openbaarmaking van de jaarrekening (art. 2:394 BW). Over de precieze betekenis van met name dit tweede lid ging het arrest van de Hoge Raad van 20 mei 1988 (Koster/Van Nie q.q.).

Die procedure betrof de vraag of de curator van de gefailleerde vennootschap Kobo BV, Mr. Van Nie, een vordering ex art. 2:248 BW had op Koster. Hoewel de echtgenote van Koster statutair directrice was van Kobo BV, hield zij zich niet of nauwelijks met de bedrijfsvoering bezig. Deze was volledig in handen van Koster. In cassatie werd niet bestreden „'s hofs vaststelling dat Koster „beleidsbepaler" was in de zin van art. 2:248 lid 7 BW, ingevolge welke bepaling voor de toepassing van dit artikel met een bestuurder gelijk wordt gesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Ook stond in cassatie vast dat een boekhouding over 1987 en een balans per 31 dec. 1986 ontbraken. Koster betoogde evenwel dat het ontbreken van de boekhouding nog niet meebracht dat er te dezen sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat als een belangrijke oorzaak van het faillissement was aan te merken. Dienaangaande overwoog de Hoge Raad dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn in art. 2:248 lid 2 BW genoemde verplichtingen:

„1. zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat ieder der bestuurders zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en

2. behoudens tegenbewijs door de aangesproken bestuurder voor aannemelijk moet worden gehouden dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement".

Het hof behoefde zijn beslissing dat er een vordering van de boedel van Kobo BV op Koster privé bestond, bijgevolg niet nader te motiveren, nu uit de gedingstukken niet bleek dat Koster had betoogd — laat staan aannemelijk had gemaakt — dat zijn bestuur niet als een belangrijke oorzaak van het faillissement kon worden aangemerkt.

De ex art. 2:248 BW aangesproken bestuurder bevindt zich derhalve in een weinig benijdenswaardige positie, indien het bestuur niet aan zijn in het tweede lid bedoelde boekhoud- of publicatieverplichtingen heeft voldaan. In voorkomende gevallen kan hij zich wellicht beroepen op het slotzinnetje van het tweede lid, dat luidt: „Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen". In zijn arrest van 11 juni 1993 (Brens q.q./Sarper) heeft de Hoge Raad belangrijke overwegingen gewijd aan de vraag of van een „onbelangrijk verzuim" sprake was ten aanzien van het openbaar maken van een jaarrekening. De vennootschap Kempers & Sarper BV werd in 1988 in staat van faillissement verklaard. De jaarrekeningen over de afgelopen jaren waren steeds ongeveer 13 maanden na afloop van het boekjaar (tevens kalenderjaar) gepubliceerd. De curator, aanvoerende dat de bestuurders niet hadden voldaan aan de op hen rustende verplichting tot tijdige openbaarma-

king van de desbetreffende jaarrekeningen, stelde ex art. 2:248 BW onder meer Sarper als bestuurder van de vennootschap voor het faillissementstekort aansprakelijk — er was een bedrag van circa hfl. 700.000 aan vorderingen ingediend, waar nauwelijks enige baten tegenover stonden. De vraag rees of en in hoeverre de jaarrekeningen te laat gepubliceerd waren. Op grond van art. 2:394 lid 2 BW dient het bestuur van een vennootschap de jaarrekening onverwijld openbaar te maken, indien *twee* maanden zijn verstreken sedert de voor het *opmaken* van de jaarrekening bepaalde termijn. Art. 2:210 BW schrijft voor dat de jaarrekening moet worden opgemaakt in de regel binnen *vijf* maanden na afloop van het boekjaar; deze termijn kan echter door de algemene vergadering van aandeelhouders op grond van bijzondere omstandigheden met ten hoogste *zes* maanden worden verlengd. Indien zou worden aangenomen dat de vergadering van aandeelhouders van Kempers & Sarper BV op de voet van art. 2:210 BW een besluit tot verlenging van de termijn voor het opmaken van de jaarrekening had genomen, dan zouden de jaarrekeningen hooguit slechts enkele dagen te laat zijn gepubliceerd (5 + 6 + 2 maanden = 13 maanden). Zonder twijfel geldt — en de Hoge Raad bevestigde zulks ook in een obiter dictum — dat indien een jaarrekening slechts enkele dagen te laat wordt gepubliceerd, sprake is van een onbelangrijk verzuim in de zin van art. 2:248 lid 2 BW (laatste zin). De curator stelde zich evenwel op het standpunt dat in het onderhavige geval bij de beoordeling van de ernst van de overschrijding niet moest worden uitgegaan van een openbaarmakingstermijn van dertien maanden (inclusief verlenging), doch van zeven maanden (exclusief verlenging), nu van een verlengingsbesluit als bedoeld in art. 2:210 BW niet was gebleken.

Deze opvatting werd door de Hoge Raad verworpen. Bij de beantwoording van de vraag of een niet tijdig voldoen aan de in art. 2:394 BW neergelegde publicatieverplichting al dan niet een onbelangrijk verzuim als vorenbedoeld oplevert, moet volgens de cassatierechter in aanmerking worden genomen, dat de ingrijpende bepaling van art. 2:248 lid 2 BW, eerste zin, haar rechtvaardiging vindt in het belang dat crediteuren van de vennootschap hebben bij de naleving van de daar vermelde voorschriften, en dat het voor crediteuren niet van belang is of de termijn voor het opmaken van de jaarrekening op formeel juiste wijze is verlengd, aangezien zij in elk geval rekening dienen te houden met de mogelijkheid dat tot de door de wet toegestane verlenging is besloten. De regels betreffende de verlenging van de termijn voor het opmaken van de jaarrekening, zijn slechts van belang voor de taakverdeling binnen de vennootschap. Voor de crediteuren is in feite slechts van belang dat de jaarrekening niet later wordt gepubliceerd dan op het uiterste tijdstip dat ingeval van verlenging geldt, dus uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in art. 2:248 lid 2 BW (laatste zin), moet de overschrijding van de termijn voor openbaarmaking buiten beschouwing worden gelaten, voor zover die overschrijding het gevolg is van het ontbreken van een geldig besluit tot verlenging van de termijn geldende

voor het opmaken van de jaarrekening. In casu bracht een en ander mee dat de te late publicatie van de jaarrekeningen van Kempers & Sarper BV als een „onbelangrijk verzuim" werd aangemerkt, zodat het hof terecht de curator — overeenkomstig art. 2:248 lid 1 BW — had opgedragen te bewijzen dat het bestuur van de vennootschap zijn taak kennelijk onbehoorlijk had vervuld en voorts dat die taakvervulling een belangrijke oorzaak was geweest van het faillissement van die vennootschap.

De bijzondere aard van het in art. 2:248 BW aan de curator verleende vorderingsrecht stond centraal in het arrest van 7 september 1992 (Den Toom/De Kreek q.q.). Verzoekster tot cassatie (hierna: Den Toom) was concurrent crediteur in het faillissement van Bowling Kralingen BV Bij het indienen van haar vordering verzocht Den Toom aan de curator de directeur van de gefailleerde vennootschap op grond van art. 2:248 BW privé voor het faillissementstekort aansprakelijk te stellen in verband met het feit dat de vennootschap de laatste jaren geen jaarstukken had gepubliceerd. De curator voelde daar echter niets voor omdat de directeur naar zijn mening geen verhaal bood. Tijdens de procedure die hierover tussen de curator en Den Toom ontstond, stelde laatstgenoemde voor de vordering van de boedel op de directeur over te nemen tegen betaling van een bedrag van hfl. 10.000. De curator verzette zich tegen dit voorstel, en ook het gerechtshof verwierp Den Tooms „cessie-constructie". Vervolgens legde Den Toom de kwestie ter beoordeling voor aan de Hoge Raad.

De Hoge Raad overwoog dat art. 2:248 BW in geval van faillissement van een BV een bijzondere aansprakelijkheid van iedere bestuurder schept voor de schulden van de vennootschap voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Het betreft een aansprakelijkheid jegens de boedel die aanmerkelijk verder gaat dan die voor door eigen gedragingen veroorzaakte schade, terwijl het instellen van de desbetreffende vordering door de curator bovendien wordt vergemakkelijkt door het bewijsvermoeden van het tweede lid. De waarborg tegen onredelijke consequenties van een en ander ligt, volgens de Hoge Raad, onder meer in de omstandigheid dat de curator zijn bevoegheid uitoefent ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en zulks doet onder toezicht van de rechter-commissaris aan wie hij over de wijze waarop hij zijn bevoegdheden uitoefent, verantwoording verschuldigd is. Het strookt niet met dit systeem dat een derde zich de vordering van de curator zou kunnen doen overdragen en aldus de aan de curator terzake toekomende ruime bevoegdheid te eigen bate en los van de afwikkeling van het faillissement zou kunnen uitoefenen, waarbij ook de waarborg van toezicht door de rechter-commissaris zou ontbreken. Den Tooms „cessie-constructie" stuitte derhalve af op de aard van het bijzondere, in art. 2:248 BW vervatte vorderingsrecht (men zie ook art. 3:83 lid 1 BW).

Art. 2:300a BW behoort ook tot de bepalingen die bij de derde misbruikwet (W.B.F.) zijn ingevoerd; het verklaart art. 2:138 BW van overeenkomstige toepassing op de gefailleerde stichting die aan de heffing van vennootschaps-

belasting is onderworpen (de zogenoemde „commerciële stichting'). Het door de Hoge Raad gewezen arrest van 10 september 1993 betrof een vordering die door de curator van de failliet verklaarde, commerciële stichting „De Zilver Ster" ex art. 2:300a jo. 138 BW was ingesteld tegen bestuurder De Kraa. De rechtbank had in een tussenvonnis voor gehouden dat van de stichting geen administratieve bescheiden bestonden en in verband daarmee en met het vermoeden, bedoeld in art. 2:138 lid 2 BW (eerste zin), De Kraa opgedragen te bewijzen dat hij in de voorafgaande jaren als bestuurder aan zijn boekhoudverplichting had voldaan. Bovendien overwoog de rechtbank in dit tussenvonnis alvast dat, indien de vordering van de curator op De Kraa toewijsbaar mocht blijken, geen termen aanwezig waren voor enige matiging van het bedrag van De Kraa's aansprakelijkheid voor de schulden van de stichting. Deze overweging had betrekking op de tweeledige matigingsbevoegdheid die is vervat in art. 2:138 lid 4 BW Op grond van deze bepaling kan de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld (collectieve matiging). Voorts kan de rechter krachtens art. 2:138 lid 4 BW het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond (individuele matiging). De Kraa ging tegen het tussenvonnis in beroep bij het hof, doch richtte geen grief tegen hetgeen door de rechtbank over de matiging ex art. 2:138 lid 4 BW was overwogen. Het hof bekrachtigde het vonnis en verwees de zaak ter verdere behandeling terug naar de rechtbank. Bij eindvonnis oordeelde de rechtbank dat de Kraa niet in het hem opgedragen bewijs was geslaagd. De daartegen gerichte grieven werden door het hof verworpen. Het hof overwoog dat de rechtbank met betrekking tot haar matigingsbevoegdheid in het tussenvonnis een (voor De Kraa negatieve) bindende eindbeslissing had genomen en dat die beslissing, waartegen De Kraa geen grief had aangevoerd, inmiddels in kracht van gewijsde was gegaan. Die beslissing had echter geen betrekking op feiten en omstandigheden die in een later stadium van de procedure aan het licht waren gekomen; die omstandigheden (o.m. betrekking hebbende op bepaalde fouten die door een derde zouden zijn gemaakt terzake van de boekhouding, het doen van belastingaangifte e.d.) konden niet geacht worden reeds in de beslissing van de rechtbank te zijn verdisconteerd. Het hof overwoog dat die later opgekomen en niet in de beslissing verdisconteerde omstandigheden slechts dan tot een andere beslissing omtrent een eventuele matiging zouden kunnen leiden, indien deze omstandigheden van zodanige aard waren dat een onverkorte handhaving van de door de rechtbank gegeven beslissing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het bestaan van dergelijke omstandigheden was volgens het hof niet gesteld of gebleken. Voor wat betreft de eis waaraan de niet in de

beslissing van de rechtbank verdisconteerde feiten en omstandigheden zouden moeten voldoen, moest het hof volgens de Hoge Raad een verkeerde rechtsopvatting voor ogen hebben gehad, nu art. 2:138 lid 4 BW een dergelijke eis niet stelt en niet begrijpelijk was op welke gronden het hof tot het stellen van die eis was gekomen (waarvan de formulering lijkt aan te sluiten bij die van de verbintenisrechtelijke artt. 6:2 en 248 BW). Na verwijzing moest derhalve door een ander hof worden uitgezocht of en in hoeverre de nieuw opgekomen, niet in de eindbeslissing van de rechtbank verdisconteerde feiten en omstandigheden ex art. 2:138 lid 4 BW alsnog aanleiding konden geven tot een matiging van het bedrag waarvoor De Kraa jegens de boedel aansprakelijk was.

Het arrest bevat nog een andere beslissing. Ingevolge art. 2:138 lid 1 BW is iedere bestuurder ingeval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling als gezegd aansprakelijk voor het faillissementstekort, welk tekort in de wet wordt omschreven als „het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan". Het hof had geoordeeld dat ook de kosten van vereffening van de vorenbedoelde „overige baten", waaronder het salaris van de curator, ten laste van de nalatige bestuurders komen, nu wat de crediteuren tekort komen mede door de kosten van de vereffening wordt beïnvloed. De Hoge Raad was het met deze beslissing eens. De opvatting van De Kraa dat onder de in art. 2:138 lid 1 BW bedoelde schulden niet de faillissementskosten zouden vallen, vond volgens de Hoge Raad geen steun in het recht. Er bestond te dien aanzien ook geen reden een uitzondering te maken voor de faillissementskosten die betrekking hadden op de vereffening van het via aansprakelijkheidstelling van de nalatige bestuurders verkregen nader actief.

11. Onrechtmatige daad moedervennootschap jegens crediteuren van dochtervennootschap

HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, noot Maeijer, Nimox NV tegen Mr. A. van den End, curator in het faillissement van Auditrade BV

HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, noot Maeijer, Nederlandse Benzol Maatschappij BV tegen Securicor Nederland BV

In 1973 had Nimox NV (hierna Nimox) alle aandelen verworven in Auditrade BV (hierna Auditrade), die handelde in hi-fi-apparatuur. In een algemene vergadering van aandeelhouders van Auditrade gehouden in december 1983 besloot Nimox, als enig aandeelhoudster van Auditrade, een bedrag van hfl. 1.124.000 aan dividend uit te keren, ondanks het feit dat laatstgenoemde vennootschap in verband met een sterk teruglopende markt over de jaren 1981, 1982 en 1983 verlies had geleden. Daags na de vergadering werd de vordering van Nimox op Auditrade tot betaling van dividend door partijen omgezet in een geldlening. Daarenboven verstrekte Nimox aan Auditrade nog een „aanvullende lening" van hfl. 376.000, zodat Nimox in totaal een bedrag van hfl. 1.500.000 uit geldlening van Auditrade te vorderen had. Op

dezelfde dag droeg Nimox 51% van haar aandelen in Auditrade aan derden over (49% daarvan kwam in handen van de toenmalige directeur van Auditrade). Vervolgens verkocht en cedeerde Nimox in juni 1984 haar totale vordering op Auditrade voor het nominale bedrag van hfl. 1.500.000 aan NMB-Heller (een factoorsbedrijf). Tot zekerheid voor de betaling van deze vordering stelde Nimox een bankgarantie tot hetzelfde bedrag. NMB-Heller bezat evenwel, uit hoofde van eerdere transacties met Auditrade, een surplus aan zekerheden (met name door fiduciaire overdrachten), zodat het verhaal van haar vordering van hfl. 1.500.000 ruimschoots was verzekerd. Inmiddels was het bankroet van Auditrade onafwendbaar geworden; zij werd begin augustus 1984 failliet verklaard.

In de procedure die volgde tussen de voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers opkomende curator van Auditrade en Nimox, oordeelden rechtbank en hof dat Nimox jegens de overige schuldeisers van Auditrade onrechtmatig had gehandeld door onder de ten processe vaststaande omstandigheden voor het voorgestelde dividendbesluit te stemmen. Tot dit oordeel droeg onder meer bij de omstandigheid dat de dividenduitkering praktisch alle reserves van Auditrade deed verdwijnen, hetgeen in het onderhavige geval uit financieel-economisch oogpunt onverantwoord was. Nimox had haar aanspraak op uitbetaling van het dividend ten achter moeten stellen bij de aanspraken van de overige crediteuren. Door dit niet te doen had Nimox, als enig aandeelhoudster, zich de belangen van de overige crediteuren onvoldoende aangetrokken (men vergelijke hieromtrent ook het arrest van de Hoge Raad van 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (Keulen/Bouwfonds), dat werd besproken in het vorige Overzicht van handelsrechtelijke rechtspraak (1985-1989), Tijdschrift voor Privaatrecht 1990/2, p. 804). Rechtbank en hof veroordeelden niet alleen het stemgedrag van Nimox bij het dividendbesluit, zij oordeelden in het verlengde hiervan voorts dat Nimox onrechtmatig had gehandeld jegens de crediteuren van Auditrade door, in de wetenschap dat het faillissement van Auditrade te verwachten was, haar vordering op Auditrade tegen de nominale waarde daarvan te verkopen aan NMB-Heller onder zekerheidstelling jegens laatstgenoemde voor het verhaalsrisico. Nu het verhaalsrisico van de vordering van Nimox op Auditrade geheel bij Nimox bleef berusten, had die transactie geen reële (economische) betekenis, doch uitsluitend het (beoogde) effect dat het zekerheden-surplus van NMB-Heller aan Nimox ten goede zou komen in plaats van aan de gezamenlijke schuldeisers van Auditrade. Anders gezegd: Nimox had aldus — ten detrimente van de verhaalsmogelijkheden van de andere crediteuren — haar eigen vordering op Auditrade onder de paraplu van de door Auditrade aan NMB-Heller verschafte zekerheden gebracht.

In cassatie betoogde Nimox dat haar *stemgedrag* bij het bewuste dividendbesluit niet onrechtmatig kòn zijn, omdat het besluit zelf rechtsgeldig was c.q. niet was vernietigd. De Hoge Raad verwierp dit betoog in zijn arrest van 8 november 1991. Hij overwoog dat ook indien van de geldigheid van het besluit als zodanig moest worden uitgegaan bij gebrek aan vernietiging bij

rechterlijk vonnis op de voet van art. 2:11 (oud) BW (thans art. 2:15 BW), hieruit niet volgde dat uitvoering van het besluit tegenover derden (zoals schuldeisers van de vennootschap) niet onrechtmatig kon zijn, noch dat het door uitoefening van het stemrecht bewerkstelligen van de totstandkoming van het besluit tegenover derden niet onrechtmatig kon zijn. Ook verwierp de Hoge Raad de stelling van Nimox dat het stemmen in een algemene vergadering van aandeelhouders moest worden aangemerkt als een handeling van de vennootschap en derhalve geen onrechtmatige daad van de aandeelhouder kon opleveren. Tenslotte kon ook niet tot cassatie leiden het betoog van Nimox dat haar stemgedrag bij het dividendbesluit geen onrechtmatige daad kon opleveren omdat rechtbank en hof hadden nagelaten te onderzoeken of dit besluit een aan Auditrade toe te rekenen onrechtmatige daad was. Volgens de Hoge Raad lag in het door het hof bekrachtigde vonnis van de rechtbank besloten dat zij het dividendbesluit — als „externe rechtshandeling" — als een onrechtmatige daad van Auditrade had beschouwd. Ten overvloede voegde de Hoge Raad daar aan toe dat ook indien het besluit als zodanig geen aan Auditrade toe te rekenen onrechtmatige daad zou zijn geweest, zulks geenszins zou uitsluiten dat het tot standbrengen van het besluit door de enige aandeelhouder onrechtmatig zou zijn geweest tegenover schuldeisers van de vennootschap.

De casus die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 18 november 1994 (Nederlandse Benzol Maatschappij/Securicor) was als volgt. De Nederlandse Benzol Maatschappij BV (hierna: NBM) was enig aandeelhouder en bestuurder van Van Luijk Moerdijk BV (hierna: Van Luijk). Nadat bij Van Luijk door onbekenden brand was gesticht, besloot NBM in haar voormelde hoedanigheid van enig aandeelhouder/bestuurder begin november 1989 om de bedrijfsactiviteiten van Van Luijk voorgoed te beëindigen. Op het bedrijfsterrein van Van Luijk bevonden zich nog vele waardevolle en zeer brandbare vermogensbestanddelen. In verband hiermee vond eind november 1989 ten kantore van Van Luijk een bespreking plaats tussen Visser (in dienst van Van Luijk), Kikkert (in dienst van NBM — volgens zijn visitekaartje als „manager operations") en Mulder (in dienst van Securicor Nederland BV) (hierna: Securicor). Tijdens deze bespreking deelden Visser en Kikkert aan Mulder mee dat Van Luijk haar activiteiten zou gaan beëindigen en „dat haar crediteuren behoorlijk zouden worden behandeld". Kort daarop sloot Securicor met Van Luijk een overeenkomst tot het verrichten van beveiligingswerkzaamheden. In het vroege voorjaar van 1990 werd Van Luijk op eigen verzoek failliet verklaard. Securicor drong vervolgens tevergeefs aan op betaling door NBM van een factuur terzake van door haar voor Van Luijk ingevolge genoemde overeenkomst verrichte werkzaamheden.

Het hof oordeelde dat Securicor aan de mededelingen van Kikkert het vertrouwen had ontleend en mogen ontlenen dat NBM zich zo nodig de belangen van crediteuren en dus ook van Securicor zou aantrekken, zodat Securicor geen aanleiding had om de risico's verbonden aan het „in zee gaan" met een bedrijf dat „ten onder is gegaan" tevoren — bijvoorbeeld

door het verlangen van zekerheid van NBM — te dekken. Securicor mocht er derhalve van uitgaan dat NBM ervoor zou zorgen dat haar voor Van Luijk te verrichten diensten zouden worden betaald. De Hoge Raad verwierp de door NBM in cassatie aangevoerde klachten die erop neer kwamen dat het hof ten onrechte had aangenomen dat NBM onrechtmatig had gehandeld jegens Securicor door de factuur onbetaald te laten. Het hof had volgens de Hoge Raad, mede in aanmerking genomen dat NBM enig aandeelhouder en bestuurder van Van Luijk was, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door op grond van het door NBM (bij monde van Kikkert) bij Securicor gewekte en vervolgens niet gehonoreerde vertrouwen, aldus te oordelen. Men vergelijke het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 (Albada Jelgersma), besproken in het reeds genoemde, in dit tijdschrift gepubliceerde Overzicht van handelsrechtelijke rechtspraak (1985-1989), p. 800.

12. Vereenzelviging („Piercing the corporate veil")

HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 247, de vennootschap naar Turks recht D.B. Deniz Naklyati T.A.S. tegen de vennootschap naar Cypriotisch recht Glorywave Shipping Limited

HR 16 juni 1995, *RvdW* 1995, 136, Bato's Erf Beheer Nijmegen BV tegen de Staat der Nederlanden

HR 9 juni 1995, *RvdW* 1995, 124, N.J. Krijger tegen Citco Bank Antilles NV

HR 3 november 1995, *RvdW* 1995, 227, Roco BV, J.P. Rouwenhorst tegen de Staat der Nederlanden

„Vereenzelviging" doet zich voor wanneer de afzonderlijke identiteit van een rechtspersoon geheel of ten dele wordt genegeerd teneinde bepaalde verplichtingen van die rechtspersoon (mede) te kunnen aanmerken als verplichtingen van een andere (rechts)persoon. In de literatuur wordt er op gewezen dat aan de figuur van vereenzelviging behoefte kan bestaan daar waar handhaving van de in beginsel gegeven, afzonderlijke identiteit van de rechtspersoon het bereiken van een billijk resultaat in de weg staat. De Hoge Raad is, naar uit de hieronder te bespreken arresten zal blijken, bepaald terughoudend met het aannemen van vereenzelviging. Slechts in zeer bijzondere gevallen wordt geaccepteerd dat door de identiteit van een rechtspersoon kan worden „heengekeken" zodat een zich daarachter verschuilende (rechts)persoon rechtstreeks kan worden aangesproken.

Deniz Naklâyati T.A.S. (hierna: Deniz) had conservatoir vreemdelingenbeslag gelegd op het motorschip „Queen Evi" ter verzekering van verhaal voor haar vordering op Mamitank Londen Ltd., gevestigd te Londen (hierna: Mamitank Londen) en Mamitank Shipping Enterprises S.A., gevestigd te Panama (hierna: Mamitank Panama), die bij vonnis van de Engelse rechter waren veroordeeld tot betaling aan Deniz van bijna USD 160.000. Het beslag werd gelegd ten laste van (voor zover hier van belang) Mamitank Londen,

Mamitank Panama en Glorywave Shipping Ltd. (hierna: Glorywave). Glorywave, eigenares van de „Queen Evi", vorderde in kort geding opheffing van het beslag, en, na afwijzing van die vordering door de rechtbank, in tweede instantie teruggave van de inmiddels gestelde bankgarantie.

Een conservatoir vreemdelingenbeslag kan worden gelegd op goederen van de schuldenaar van de beslaglegger. Wilde het door Deniz gelegde beslag „kleven", dan moest ofwel Glorywave (mede) schuldenaar zijn van de door Deniz aan het beslag ten grondslag gelegde vordering ofwel Mamitank Londen of Mamitank Panama (mede) eigenaar zijn van het beslagen schip. Noch het een noch het ander was het geval. Deniz stelde zich evenwel op het standpunt dat het beslag toch terecht was gelegd omdat Glorywave zou moeten worden vereenzelvigd met de Mamitank-vennootschappen; zij zou van deze vennootschappen de „alter ego" zijn. In dit verband wees Deniz op de nauwe verwevenheid tussen Glorywave en deze Mamitank-vennootschappen via Mamidakis Holding, hun gemeenschappelijke moedervennootschap, dan wel via de daarachter staande groep van personen (de familie Mamidakis) die binnen het concern de dienst uitmaakten. Het hof formuleerde als uitgangspunt dat in het Nederlandse recht de zelfstandigheid van de rechtspersoon voorop staat en slechts onder bijzondere omstandigheden er aanleiding toe kan bestaan om met die rechtspersoon verbonden andere (rechts)personen aansprakelijk te houden voor schulden van eerstbedoelde. Voorshands oordeelde het hof dat in het onderhavige geval van dergelijke omstandigheden niet was gebleken. Met name van belang voor dit oordeel achtte het hof dat niet naar voren was gekomen dat vermogensbestanddelen van Mamitank Londen en/of Mamitank Panama door degenen die het destijds in die vennootschappen voor het zeggen hadden, waren aangewend voor de aankoop van de in de afzonderlijke vennootschap Glorywave ondergebrachte „Queen Evi".

De Hoge Raad vond de gedachtengang van het hof niet onbegrijpelijk, omdat het hof had vastgesteld dat Glorywave een „single ship company" was, en er dus kennelijk vanuit was gegaan dat Glorywave geen (noemenswaardige) andere vermogensbestanddelen had dan de „Queen Evi". Voor de vraag of ten nadele van Deniz overheveling van vermogen van de Mamitank-vennootschappen naar Glorywave had plaatsgevonden, kon het hof zich derhalve beperken tot het onderzoek naar de vraag of Glorywave het schip destijds had verworven met tot het vermogen van deze vennootschappen behorende activa. Nu voormelde vraag voorshands negatief moest worden beantwoord, behoefde het hof niet in te gaan op de stelling van Deniz dat haar verhaalsmogelijkheden terzake van de vordering op de Mamitank-vennootschappen door bedrieglijk handelen (van tot de familie Mamidakis behorende personen) gefrustreerd zou zijn.

Dan volgt thans de bespreking van twee zaken waarin de Staat op grond van art. 21 van de toenmalige Interimwet bodemsanering vergoeding vorderde van saneringskosten die waren veroorzaakt door ernstige bodemverontreiniging. De specifiek milieurechtelijke aspecten moeten hier overigens buiten

beschouwing blijven. De eerste zaak (Bato's Erf) betrof de door de exploitatie van een steenfabriek veroorzaakte en in 1988 aan het licht gekomen olieverontreiniging van een bedrijfsterrein. De steenfabriek werd op bedoeld bedrijfsterrein vanaf omstreeks 1930 tot 30 september 1974 gexploiteerd door Bato's Erf Beheer Nijmegen BV (hierna Bato's Erf Beheer) en haar rechtsvoorgangers. Ook na 1974 werd de onderneming ter plaatse nog voortgezet (tot 1982), maar partijen streden over de vraag of zulks geschiedde door Bato's Erf Beheer voormeld dan wel door een nieuwe, op 30 september 1974 opgerichte rechtspersoon, genaamd Steenfabriek Bato's Erf BV Op grond van de Interimwet bodemsanering en de jurisprudentie die zich daaromtrent heeft gevormd, oordeelde het gerechtshof te Arnhem dat het voor de aansprakelijkheid van Bato's Erf Beheer van belang was of deze vennootschap de steenfabriek na 1 januari 1975 (de Hoge Raad besliste in zijn arrest van 24 april 1992, *NJ* 1993, 643, dat het in het algemeen vanaf deze datum voor ondernemers voldoende duidelijk behoorde te zijn dat de overheid naar aanleiding van ernstige bodemverontreiniging metterdaad tot actie zou overgaan en daardoor voor saneringskosten zou komen te staan) al dan niet zelf had geëxploiteerd. Bato's Erf Beheer kreeg in verband daarmee de opdracht te bewijzen dat de exploitatie van de steenfabriek na 1974 door Steenfabriek Bato's Erf was overgenomen. In een tussenarrest oordeelde het hof vervolgens dat Bato's Erf Beheer niet in het leveren van dat bewijs was geslaagd. Het hof achtte onder meer de volgende omstandigheden van belang:

— Steenfabriek Bato's Erf was opgericht door Bato's Erf Beheer en één harer directeuren;

— Bato's Erf Beheer had vrijwel al haar activa en passiva, met uitzondering van het onroerend goed, in de nieuwe vennootschap ingebracht;

— de nieuwe vennootschap verrichtte haar werkzaamheden op het aan Bato's Erf Beheer verbleven bedrijfsterrein;

— de nieuwe vennootschap had aanvankelijk dezelfde bestuurders als Bato's Erf Beheer; naderhand voerde laatstgenoemde zelf de directie over de nieuwe vennootschap;

— Bato's Erf Beheer was enig aandeelhouder van de nieuwe vennootschap.

Op grond van deze omstandigheden concludeerde het hof dat de maatschappelijke en economische verwevenheid tussen Bato's Erf Beheer en Steenfabriek Bato's Erf van dien aard was, dat Bato's Erf Beheer „volledig bij de exploitatie van de steenfabriek betrokken is gebleven" c.q. die exploitatie „uiteindelijk onder verantwoordelijkheid van Bato's Erf Beheer (...) is voortgezet".

Het tegen voormelde conclusie van het hof gerichte cassatiemiddel van Bato's Erf Beheer had succes. De Hoge Raad overwoog dat uit „'s hofs arrest onvoldoende bleek wat het nu precies had bedoeld. Moest Bato's Erf Beheer in de opvatting van het hof nu geacht worden de steenfabriek ook na 1974 zelf te hebben geëxploiteerd — zodat zij rechtstreeks voor de gevolgen van haar

eventuele onrechtmatige bedrijfsactiviteiten aansprakelijk zou zijn? Of bedoelde het hof dat de verwevenheid tussen beide vennootschappen meebracht dat Bato's Erf Beheer (indirect) aansprakelijk was voor de eventuele onrechtmatige bedrijfsactiviteiten van Steenfabriek Bato's Erf? In het eerste geval had het hof uit het oog verloren dat het enkele feit dat een moedermaatschappij (hetzij door haar bestuurders tevens als bestuurders van haar dochter te doen optreden, hetzij als bestuurder en/of enig aandeelhouder van haar dochter) het beleid terzake van de bedrijfsactiviteiten van haar dochter bepaalt en daaraan leiding geeft c.q. dat beleid beïnvloedt, nog niet meebrengt dat die activiteiten daarmee bedrijfsactiviteiten van de moeder worden met het gevolg dat de moeder voor alle eventueel onrechtmatig gebleken activiteiten zonder meer aansprakelijk is. In het andere geval had het hof miskend dat de vastgestelde feiten geen grond tot doorbreking opleverden van de hoofdregel dat de aandeelhouder niet persoonlijk aansprakelijk is voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht (deze hoofdregel is vervat in art. 2:175 lid 1, derde zin, BW, voor de NV art. 64 lid 1).

De tweede bodemsanering-zaak (Roco) betrof de verontreiniging van de bedrijfsterreinen van een sinds 1922 door de familie Rouwenhorst te Deventer geëxploiteerde onderneming in oliën, technische vetten en dergelijke. De in de procedure betrokken Rouwenhorst was in de voetsporen van zijn vader en grootvader getreden, en had de onderneming voortgezet, aanvankelijk vanaf 1968 nog in de vorm van een vennootschap onder firma tussen hem en zijn vader, maar tenslotte als eenmanszaak. In 1977 en 1981 werden door de gemeente Deventer in het kader van de Hinderwet controles verricht, waaruit bleek dat de bedrijfsterreinen van de firma Rouwenhorst sterk vervuild waren. Een en ander resulteerde in maart 1983 in een aanzegging van de gemeente Deventer aan Rouwenhorst dat te zijner tijd tot kostenverhaal ingevolge de Interimwet bodemsanering zou worden overgegaan. Toen in 1984 uit nadere onderzoeken bleek dat de verontreiniging van de bedrijfsterreinen ernstig was en als bedreigend voor de volksgezondheid en het milieu kon worden aangemerkt, volgden enige opmerkelijke „operaties" met betrekking tot de organisatie van het familiebedrijf. Rouwenhorst richtte tezamen met zijn echtgenote, Hoekstra, in oktober 1984 een vennootschap op genaamd „Hoekstra Holding BV". Op dezelfde dag richtten Hoekstra en voornoemde, kersverse Hoekstra Holding BV „Roco BV" op, van welke laatste vennootschap Rouwenhorst werd benoemd tot enig bestuurder. Eveneens op die dag werd door Rouwenhorst de onderneming „Rouwenhorst & Co.", met inbegrip van alle activa en passiva, uitgezonderd de onroerende goederen en de daarop betrekking hebbende schulden (waaronder de latente claim van de Staat terzake van de verhaalskosten bodemsanering) verkocht en geleverd aan Roco BV Roco BV zette vervolgens de voordien door Rouwenhorst gedreven onderneming, zij het op een andere locatie, gewoon voort.

In 1990 werd de sanering van de betrokken bedrijfsterreinen vanwege de overheid ter hand genomen. Op grond van de Interimwet bodemsanering werden Rouwenhorst èn Roco BV door de Staat aangesproken tot vergoeding

van de terzake gemaakte en de nog te maken saneringskosten. De rechtbank verklaarde de Staat niet ontvankelijk in zijn vorderingen tegen Roco BV Het gerechtshof te Arnhem oordeelde dat de tegen dit oordeel gerichte grief van de Staat gegrond was. Het baseerde deze beslissing op twee zelfstandige grondslagen, te weten: (a) Roco B.V moest worden vereenzelvigd met de „voordien door Rouwenhorst geëxploiteerde onderneming" alsmede (b) Roco BV had onrechtmatig gehandeld, omdat zij de bedrijfsactiviteiten van Rouwenhorst had overgenomen met het kennelijk doel om mogelijk verhaal van derden, waaronder de Staat, te frustreren; in verband hiermee wees het hof op het feit dat het passivum van de saneringskosten bij Rouwenhorst was gebleven, terwijl Roco BV het bedrijf „met achterlating van die erfenis" op een andere locatie had voortgezet. Wat de eerste, op een „vereenzelvigingsgedachte" gebaseerde grondslag van „'s hofs arrest betreft, overwoog de Hoge Raad dat het hof kennelijk tot uiting had willen brengen dat de *onderneming* die door Roco BV werd geëxploiteerd (en niet, zoals het hof letterlijk had overwogen, de *rechtspersoon* Roco B.V zelf) moest worden vereenzelvigd met de (vroegere) onderneming van Rouwenhorst. Aan die „vereenzelviging" (van ondernemingen) zou dan volgens het hof, zo begreep de Hoge Raad het aangevallen arrest, het rechtsgevolg dienen te worden verbonden dat de schuld voortvloeiend uit vóór de oprichting van Roco BV door Rouwenhorst gepleegde onrechtmatige handelingen als een aan zijn onderneming verbonden schuld was overgegaan of mede was komen te rusten op Roco BV als nieuwe eigenaar/exploitant van de onderneming. Die gedachtengang vond bij de Hoge Raad geen steun. Het hof had volgens de cassatierechter aldus een rechtsfiguur gehanteerd die niet past in het geldende privaatrechtelijke stelsel betreffende de overgang van in het kader van een onderneming ontstane schulden op een ander dan de schuldenaar. Ook indien het hof bedoeld mocht hebben — de Hoge Raad bleek in deze, gelijk in de hiervoor besproken zaak niet geheel zeker van wat het Arnhemse hof nu precies had bedoeld — dat de door Rouwenhorst vóór de oprichting van Roco BV gepleegde onrechtmatige handelingen rechtens moesten worden aangemerkt als door Roco BV (mede-) gepleegde onrechtmatige handelingen, dan was het hof in de ogen van de Hoge Raad in zoverre uitgegaan van een opvatting die geen steun vindt in het geldende privaatrecht. Hoewel het door Roco BV aangevoerde cassatiemiddel tegen de door het hof toegepaste vereenzelvigingsgedachte bijgevolg gegrond was, werd haar beroep toch door de Hoge Raad verworpen, omdat de tweede grondslag van „'s hofs beslissing, de (eigen) onrechtmatige daad van Roco BV met betrekking tot (haar medewerking aan) de frustratie van de verhaalsmogelijkheden van de Staat, gelet op de vastgestelde gang van zaken, wèl deugdelijk werd bevonden.

Het arrest van de Hoge Raad van 9 juni 1995 had betrekking op de volgende feiten. Citco Bank Antilles NV (hierna: de bank) had op 22 oktober 1990 onder Krijger conservatoir derdenbeslag laten leggen op al hetgeen die Krijger verschuldigd mocht zijn of worden aan of onder zijn berusting mocht

hebben van Lorimar Construction NV (hierna: Lorimar) ter verzekering van een vordering van de bank op Lorimar. Krijger had in maart 1990 aan Lorimar opdracht gegeven tot het bouwen van een huis; Lorimar had inmiddels met de bouw van het huis een aanvang gemaakt. Bij brief van 22 oktober 1990 (de dag van de beslaglegging) zegde Krijger de aannemingsovereenkomst met Lorimar op omdat hij „niet verder lastig gevallen wil worden met beslagen van derden". De opzegging werd door Lorimar geaccepteerd. Krijger en Lorimar dienden terzake geen schadeclaims bij elkaar in. Eveneens op 22 oktober 1990 kwam Krijger met Interieur Vormgeving N.V (hierna: Intervorm) overeen dat Intervorm het in aanbouw zijnde huis zou afmaken. Deze overeenkomst kwam tot stand op voorstel van Van Ooyen die directeur/eigenaar was van zowel Lorimar als Intervorm, en die in de contacten met Krijger optrad namens beide vennootschappen. Vermelding verdient nog dat een week vóór de beslaglegging de statutaire doelomschrijving van Intervorm gewijzigd was in die zin dat daaronder voortaan — naast verbouwings- en inrichtingsactiviteiten — ook bouwactiviteiten waren begrepen. Vervolgens werd het huis afgebouwd met dezelfde bouwvakkers, met dezelfde gereedschappen en met dezelfde bouwmaterialen. In de verklaringsprocedure stelde Krijger dat hij, nu de oorspronkelijke aannemingsovereenkomst vroegtijdig was beëindigd, slechts een luttel bedrag van de totale aannemingssom aan Lorimar verschuldigd was, welk bedrag door hem inmiddels aan de bank was voldaan. De bank nam met deze verklaring geen genoegen en vermeerderde in hoger beroep haar vordering in die zin dat zij vorderde dat Krijger werd veroordeeld om verklaring af te leggen van al hetgeen hij aan Lorimar *en Intervorm* verschuldigd was.

Het hof overwoog dat het standpunt van de bank dat de gehele aanneemsom — dus ook de op de datum van beslaglegging nog niet vervallen termijnen — onder het beslag viel, alleen zou opgaan indien ervan zou worden uitgegaan dat hetgeen Krijger aan Intervorm verschuldigd was, zijn grondslag vond in de rechtsverhouding van Krijger met Lorimar. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan er, aldus het hof, aanleiding bestaan om aan te nemen dat schulden aan de ene rechtspersoon hun grondslag vinden in de rechtsverhouding met een andere rechtspersoon. In dit verband achtte het hof onder meer van belang dat de handelwijze van Krijger en Van Ooijen geen ander doel had dan te voorkomen dat de nog niet vervallen termijnen van de aanneemsom onder het beslag zouden vallen. Dit en de andere ten processe vastgestelde omstandigheden wettigden naar het oordeel van het hof inderdaad de conclusie dat de door Krijger aan Intervorm verschuldigde aanneemsom zijn grondslag vond in de door Krijger en Lorimar aangegane aannemingsovereenkomst, en dat Intervorm en Lorimar in die zin moesten worden vereenzelvigd. Krijger diende derhalve te verklaren wat hij aan Lorimar en Intervorm verschuldigd was: dat betrof volgens het hof de uiteindelijk door Krijger voor het huis verschuldigde aanneemsom minus hetgeen hij destijds bij wijze van voorschot of termijnbetaling reeds aan Lorimar had voldaan.

In cassatie overwoog de Hoge Raad dat de hiervoor weergegeven gedachtengang van het hof berustte op het juiste uitgangspunt dat van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen misbruik kan worden gemaakt, en op de eveneens juiste gedachte dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd — in dit geval: het ten nadele van de beslaglegger frustreren van een beslag — in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het cassatieberoep van Krijger werd verworpen. De Hoge Raad kon zich derhalve verenigen met het oordeel van het hof dat onder bijzondere omstandigheden sprake kan zijn van een vereenzelviging in de door het hof aangegeven zin. Opvallend is dat de Hoge Raad in zijn overwegingen onderstreepte dat in de onderhavige zaak beoogd was *misbruik* te maken van het identiteitsverschil van de betrokken rechtspersonen (temeer daar Advocaat-generaal Vranken in zijn conclusie nog had opgemerkt dat van vereenzelviging niet alleen sprake kon zijn in gevallen van misbruik van rechtspersoonlijkheid).

13. Toerekening van feitelijke handelingen van een werknemer aan een NV of BV

HR 11 mei 1990, *NJ* 1990, 544, L.S.S. Weijl tegen Argentijns Grillrestaurant Los Gauchos Molenstraat 26 BV

HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 410, noot Mendel, De Bedrijfsvereniging voor de Koopvaardij en de Stichting Algemeen Ziekenfonds voor Zeelieden tegen Anthony Veder Gas Carriers BV

Feitelijke handelingen verricht een NV of BV niet zelf maar door middel van natuurlijke personen. Wanneer kunnen bepaalde feitelijke handelingen van een natuurlijk persoon nu aan een NV of BV worden toegerekend? Hiervoor is het Kleuterschool Babbel-arrest: HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, Ars Aequi 1980, p. 250, van belang. In dit arrest stond de vraag centraal in hoeverre een gemeente aansprakelijk was voor onjuiste uitlatingen van haar wethouder aan het adres van een aannemer met betrekking tot de beweerdelijk slecht uitgevoerde bouw van een ingestorte kleuterschool. De betrokken gemeente stelde dat zij hiervoor niet aansprakelijk was omdat wethouders in de Gemeentewet niet worden erkend als organen van de gemeente. De Hoge Raad oordeelde echter anders. „De gedragingen van een wethouder kunnen immers ook dan een onrechtmatige daad van de Gemeente opleveren, wanneer zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de gemeente hebben te gelden." In de literatuur wordt aangenomen dat dit criterium ook op privaatrechtelijke rechtspersonen kan worden toegepast. Uit de onderstaande arresten blijkt dat dit standpunt juist is: de Hoge Raad past dit criterium ook toe op BV's.

Op 20 mei 1985 dagvaardt L.S.S. Weijl (hierna Weijl) Argentijns Grillrestaurant Los Gauchos Molenstraat 26 BV (hierna Los Gauchos) voor de Kantonrechter te Den Haag en vordert, kort gezegd, ontbinding van de tussen partijen gesloten huurovereenkomst met bevel tot ontruiming alsmede beta-

ling van onder meer achterstallige huur. Los Gauchos verschijnt niet en wordt op 10 juni 1985 bij verstek veroordeeld. Op 25 juni 1985 laat Weijl een kopie van dit vonnis lezen door Pinxter, bedrijfsleider met beperkte volmacht van het restaurant van Los Gauchos. Weijl laat vervolgens op 27 juni 1985 dit vonnis aan Los Gauchos, niet in persoon aan de enig directeur en bestuurder van Los Gauchos, maar op de wijze van art. 2 Rv. (d.w.z. door achterlating van het vonnis in een gesloten enveloppe) betekenen. Los Gauchos komt op 2 augustus 1985 in verzet tegen het verstekvonnis. De Kantonrechter oordeelt op 22 december 1986 dat Los Gauchos te laat in verzet is gekomen en verklaart haar „kwaad-opposante". Hiertegen gaat Los Gauchos in hoger beroep. De Rechtbank vernietigt daarop het vonnis van 22 december 1986 van de Kantonrechter en verwijst de zaak naar de zitting. Hiertegen tekent Weijl cassatieberoep aan. In het cassatiemiddel wordt de vraag aan de orde gesteld of kennisneming van een kopie van het vonnis op 25 juni 1985 door de bedrijfsleider van het restaurant, Pinxter, meebrengt dat Los Gauchos een daad gepleegd heeft, waaruit noodzakelijkerwijs voortvloeit dat het vonnis haar bekend is, waardoor de termijn voor het doen van verzet een aanvang genomen heeft (zie art. 81 lid 1 Rv.). De Hoge Raad stelt conform HR 2 mei 1958, *NJ* 1958, 320 voorop dat het kennisnemen van de inhoud van het vonnis door het lezen daarvan door de veroordeelde zelf een zodanige daad oplevert. De vraag is vervolgens of het kennisnemen door Pinxter gelijkgesteld mag worden met het lezen door Los Gauchos zelf. De Hoge Raad overweegt dat dit ervan afhangt of de kennisneming van het vonnis door Pinxter in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een daad van Los Gauchos, in dier voege dat Weijl op grond van die daad het ervoor mocht houden dat aan de zijde van Los Gauchos een zodanige bekendheid met het vonnis bestond dat deze vennootschap daardoor van dat tijdstip af daadwerkelijk in staat was het nodige te doen om tijdig tegen het vonnis in verzet te komen. „De omstandigheden van het geval laten geen andere conclusie toe dan dat hier aan die eis niet is voldaan. Enerzijds ging het om een vonnis waarin de huurovereenkomst betreffende de bedrijfsruimte van het restaurant van Los Gauchos werd ontbonden verklaard en Los Gauchos werd veroordeeld tot ontruiming daarvan, welke beslissingen, indien onherroepelijk, het einde van het restaurantbedrijf zouden hebben kunnen betekenen. Anderzijds was Pinxter, naar hij aan Weijl te kennen heeft gegeven, als bedrijfsleider slechts met de dagelijkse leiding van het restaurantbedrijf belast en had hij ook niet meer dan een beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid." Het cassatieberoep werd derhalve verworpen.

Tijdens een reis op de Noordzee doet zich aan boord van de gastanker „Prins Maurits" een explosie voor. Deze gastanker is eigendom van Anthony Veder. Twee werknemers van Anthony Veder, verzekerd bij de Bedrijfsvereniging voor de Koopvaardij (hierna de bedrijfsvereniging) en bij de Stichting Algemeen Ziekenfonds voor Zeelieden (hierna het ziekenfonds) raken bij die explosie gewond en worden daardoor arbeidsongeschikt. De Bedrijfsvereniging doet op grond van de Ziektewet en de WAO aan de

verzekerden uitkeringen ten bedrage van *f* 87134,47. Het ziekenfonds betaalt op grond van de Ziekenfondswet *f* 138909,73 ten behoeve van de verzekerden. De Bedrijfsvereniging en het Ziekenfonds willen deze bedragen verhalen op Anthony Veder en stellen daartoe dat de explosie te wijten is aan opzet of roekeloosheid van twee andere werknemers van Anthony Veder, te weten de kapitein en de werktuigkundige. De Rechtbank wijst de vorderingen van de bedrijfsvereniging en het ziekenfonds af. Het Hof bekrachtigt dit vonnis van de Rechtbank. Cassatietechnisch staat vast dat de explosie te wijten was aan opzet of grove schuld van de kapitein en de werktuigkundige. Kernpunt in cassatie is of daarmee nu ook vaststaat dat Anthony Veder zelf, als rechtspersoon opzet of bewuste roekeloosheid heeft gehad. De Hoge Raad vat het oordeel van het Hof hieromtrent als volgt kort samen. „In het maatschappelijk verkeer zijn noch de gedragingen van de kapitein met betrekking tot het reilen en zeilen van zijn schip noch die van de werktuigkundige bij de uitvoering van zijn taak aan boord aan te merken als handelingen van Anthony Veder. Deze functionarissen zijn ook niet als orgaan te beschouwen." De Hoge Raad bevestigt dit oordeel van het Hof en overweegt daarbij onder meer als volgt. „Ingevolge art. 91 WAO, 52b Ziektewet en 83*c* Ziekenfondswet geldt het aan de bedrijfsvereniging, onderscheidenlijk aan het ziekenfonds toekomende verhaalsrecht „slechts" indien het betreffende feit te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever. De in deze bepalingen tot uitdrukking komende beperking van de verhaalsmogelijkheid past in het in deze wetten gevolgde systeem dat de sociale verzekeraar geen regres moet kunnen nemen op hen die tot de kring der onderneming behoren. Gezien dit uitzonderingskarakter van het bepaalde omtrent opzet en bewuste roekeloosheid zal niet spoedig mogen worden aangenomen dat daarvan sprake is. (...) Tegen deze achtergrond en gelet ook op hun positie in het maatschappelijk verkeer moet worden geoordeeld dat opzet of bewuste roekeloosheid van een kapitein of werktuigkundige bij de uitoefening van hun taak niet kan gelden als opzet of bewuste roekeloosheid in de zin van evenbedoelde bepalingen."

Mendel merkt in zijn noot onder dit arrest *NJ* 1992, 410 op dat in beide arresten (Los Gauchos en Anthony Veder) het in het Kleuterschool Babbelarrest ontwikkelde criterium niet alleen wordt toegepast maar ook nader wordt uitgewerkt. Hij wijst er op dat dit criterium niet louter een feitelijk criterium maar ook een normatief criterium is. Beslissend is immers niet of een bepaalde gedraging in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de rechtspersoon wordt *beschouwd* maar of het als zodanig *heeft te gelden.* Dit laatste hangt blijkens de hiervoor besproken arresten af van twee factoren 1. de strekking van de betrokken wetsbepaling(en) en 2. de feitelijke positie die de betrokken functionaris in het maatschappelijke verkeer en bij de betrokken rechtspersoon inneemt.

14. De ondernemingsraad

HR 17 maart 1993, *NJ* 1993, 366, noot Maeijer, de ondernemingsraad van Smit Vlootbeheer BV tegen Smit Vlootbeheer BV

HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545, noot Maeijer, Heuga Nederland BV en Interface Heuga BV tegen de ondernemingsraad van Heuga Nederland BV

HR 16 maart 1994, *NJ* 1994, 561, de ondernemingsraad in de vestiging Churchillplein te „s-Gravenhage van Aegon NV tegen Aegon NV

Art. 1(1) onder d. Wet op de Ondernemingsraden definieert „ondernemer" als de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een onderneming in stand houdt. Op grond van art. 2(1) WOR is een ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin *hetzij* tenminste 100 personen werkzaam zijn, *hetzij* tenminste 35 personen meer dan een derde van de normale arbeidstijd werkzaam zijn, verplicht in die onderneming een ondernemingsraad in te stellen. De begrippen ondernemer en onderneming vallen niet samen. Een onderneming is, zo definieert art 1(1) onder c WOR, elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin (...) arbeid wordt verricht. Op grond van deze definitie is (bij voorbeeld) een filiaal een onderneming. Eén ondernemer kan dus verschillende ondernemingen in stand houden. Ten aanzien van elk van deze ondernemingen kan voor hem uit art. 2(1) de verplichting voortvloeien een ondernemingsraad in te stellen.

De WOR geeft aan een ondernemingsraad belangrijke bevoegdheden. Te noemen zijn het adviesrecht over een aantal besluiten die de ondernemer voorneemt op economisch en organisatorisch gebied (art. 25 WOR), en het instemmingsrecht over een aantal besluiten die de ondernemer voorneemt op het gebied van de arbeidsvoorwaarden en het sociale beleid (art. 27 WOR). Hier worden drie uitspraken van de HR behandeld die betrekking hebben op het adviesrecht van art. 25 WOR.

Art. 25(1) WOR verplicht een ondernemer de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen advies uit te brengen over een aantal door die ondernemer voorgenomen besluiten. Dit adviesrecht van de ondernemingsraad krijgt in belangrijke mate zijn betekenis door het daaraan in art. 26 WOR gekoppelde beroepsrecht. Op grond van dit laatste artikel kan de ondernemingsraad beroep instellen tegen een besluit als bedoeld in art. 25 WOR wanneer (onder meer) dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad. De bevoegde rechter is de Ondernemingskamer (OK) (waarna cassatie mogelijk is bij de HR). Art. 26(5) WOR geeft aan dat de OK moet beoordelen of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen.

De eerste uitspraak gaat over de vraag in hoeverre de lijst voorgenomen besluiten in art. 25(1) WOR waarover de ondernemer advies moet vragen, limitatief is. In de tweede uitspraak blijkt dat het niet altijd even duidelijk is wie tegenover een bepaalde ondernemingsraad de ondernemer is. De derde

uitspraak stelt enkele vragen aan de orde die speelden naar aanleiding van de verkoop van de aandelen in een dochtervennootschap.

De eerste uitspraak (Smit Vlootbeheer). Smit Vlootbeheer BV, de ondernemer, had nagelaten de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen advies uit te brengen over de verkoop van één van haar schepen. Waarschijnlijk zou het ook moeilijk zijn dit voorgenomen besluit onder één van de in art. 25(1) WOR opgesomde categorieën te brengen. De betekenis van één schip voor Smit Vlootbeheer was niet zodanig groot dat de verkoop ervan (bij voorbeeld) een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (art. 25(1) onder d), of een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming (art. 25(1) onder e) vormde. De ondernemingsraad was van mening dat de ondernemer hem desondanks in de gelegenheid had moeten stellen advies uit te brengen, en wel omdat tussen hem en de ondernemer het convenant gold dat de voorgenomen verkoop van élk schip een adviesplichtig besluit was. De OK was het met deze redenering niet eens, maar in cassatie kreeg de ondernemingsraad toch gelijk. De HR overwoog: „In het stelsel van de Wet op de ondernemingsraden (...), in welke wet bepalingen zijn opgenomen ingevolge welke de in de wet geboden mogelijkheid van beroep op de rechter ook openstaat in geval van (art. 5a) een op vrijwillige basis werkzame ondernemingsraad, alsmede in geval van (art. 32) toekenning aan de ondernemingsraad bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij schriftelijk besluit van de ondernemer van verdere bevoegdheden dan in de wet genoemd (...) past het om voor de toepassing van art. 26 mede te begrijpen onder de besluiten van de ondernemer (...), de door de ondernemer voorgenomen besluiten waaromtrent tussen hem en de ondernemingsraad overeenstemming bestaat dat de ondernemingsraad in de gelegenheid dient te worden gesteld daarover advies uit te brengen." De HR concludeerde dat de OK de ondernemingsraad van Smit Vlootbeheer BV ten onrechte niet-ontvankelijk had verklaard in zijn beroep.

Dan de tweede uitspraak (Heuga). In deze uitspraak speelt de zogenoemde structuurregeling een rol. Een naamloze of besloten vennootschap die aan drie cumulatieve criteria voldoet is in beginsel verplicht haar organisatie aan te passen aan de structuurregeling. Deze criteria zijn (kortweg) dat haar geplaatste kapitaal ten minste 25 miljoen gulden moet bedragen, dat zij een ondernemingsraad moet hebben ingesteld, en dat bij haar 100 werknemers in Nederland werkzaam zijn (bij de tweede en de derde eis tellen ook ondernemingsraden en werknemers van sommige dochtervennootschappen mee). Zo'n naamloze of besloten vennootschap is verplicht is een raad van commissarissen in te stellen waaraan vergaande bevoegdheden toekomen (namelijk: de raad van commissarissen benoemt haar eigen leden, een aantal bestuursbesluiten moet worden goedgekeurd door de raad, de raad benoemt, schorst en ontslaat de bestuurders, en de raad stelt de jaarrekening vast). Het is mogelijk dat een vennootschap die wel voldoet aan de drie criteria geheel is vrijgesteld van toepassing van de structuurregeling of onder een gedeelte-

lijke structuurregeling valt (in dit laatste geval heeft de raad van commissarissen minder bevoegdheden: hij is niet bevoegd de bestuurders te benoemen, schorsen en ontslaan, en stelt de jaarrekening niet vast).

De in de Verenigde Staten van Amerika gevestigde rechtspersoon *Interface Inc* stond aan het hoofd van het Interface-concern. Dit concern hield zich bezig met de productie en verkoop van vloer-, grond- en wandbekleding en met interieurinrichting. Onder Interface Inc stond *Interface Europe Inc*. In 1988 heeft het Interface-concern de Nederlandse Heuga-groep overgenomen. Sindsdien stond onder Interface Europe Inc de overgenomen vennootschap *Heuga Holding BV*. Daaronder stond weer *Heuga Nederland BV*, en daaronder stonden tenslotte de *werkmaatschappijen*. Heuga Holding BV viel onder de gedeeltelijke structuurregeling. Heuga Nederland BV had een ondernemingsraad ingesteld.

In december 1991 werd aan de ondernemingsraad meegedeeld dat binnen het Heuga-concern het voornemen bestond om over te gaan tot wijziging van de statuten van Heuga Holding BV. De naam van *Heuga Holding BV* zou worden veranderd in *Interface Heuga BV*, en de toepassing van de gedeeltelijke structuurregeling op deze vennootschap zou worden beëindigd. De statutenwijzigingen kregen in april 1992 hun beslag. In diezelfde maand is dat ook aan de ondernemingsraad meegedeeld. De ondernemingsraad was van mening dat hem op grond van art. 25(1) WOR advies had moeten worden gevraagd over de beëindiging van de gedeeltelijke structuurregeling bij Heuga Holding BV/Interface Heuga BV. Hij stelde beroep in bij de OK tegen dit besluit. Opvallend is dat de ondernemingsraad zijn beroep niet alleen richtte tegen Heuga Nederland BV (de ondernemer die hem had ingesteld), maar ook tegen Heuga Holding BV/Interface Heuga BV (de rechtspersoon waar de statutenwijziging plaatsvond). In de procedure voor de OK, en in cassatie voor de HR, ging het vervolgens onder meer over de vraag welke rechtspersoon of rechtspersonen door de ondernemingsraad in rechte konden worden betrokken. De beschikking van de OK van 15 oktober 1992 is gepubliceerd in *NJ* 1993, 210 (noot Maeijer).

Allereerst verdient opmerking dat het besluit tot wijziging van de statuten van Heuga Holding BV/Interface Heuga BV een besluit was van de algemene vergadering van die vennootschap, welke algemene vergadering bestond uit Interface Europe Inc. Dit had niet tot gevolg dat de ondernemingsraad door zijn beroep te richten tegen Heuga Nederland BV en Heuga Holding BV/Interface Heuga BV bij de verkeerde (rechts)persoon aanklopte. De OK overwoog: „Het hof stelt voorop dat het besluit is genomen door Heuga Holding BV (thans Interface Heuga BV) en niet door Interface Europe Inc (...)." De beide Nederlandse vennootschappen waartegen de ondernemingsraad beroep had ingesteld waren van mening dat de ondernemingsraad geen beroep kon instellen omdat het besluit Heuga Holding BV/Interface Heuga BV betrof, en de ondernemingsraad op het niveau van Heuga Nederland BV functioneerde. Hierover overwoog de OK: „Hier ziet de ondernemer er aan voorbij dat de OR de enige OR is in het conglomeraat van de in

Nederland gevestigde Heuga-vennootschappen, waarvan (Heuga Holding BV/Interface Heuga BV) de top vormt en dat (...) het eigenlijk maar toevallig is dat deze OR is „aangehangen" aan Heuga Nederland BV." De OK verklaarde dat nu ten onrechte geen advies was gevraagd over een adviesplichtig besluit, „de besloten vennootschap(pen) Heuga Nederland BV en/of Interface Heuga BV" bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit hadden kunnen komen. Die vennootschappen stelden beroep in cassatie in, maar tevergeefs.

De HR overwoog onder meer dat de OK ervan had mogen uitgaan dat Heuga Holding BV/Interface Heuga BV binnen de onderneming van Heuga Nederland BV een bepaalde mate van zeggenschap had. Een herverdeling van bevoegdheden binnen Heuga Holding BV/Interface Heuga BV werkt door in de onderneming van Heuga Nederland BV, wat — in de woorden van de HR — „inhoudt dat Interface Heuga in zoverre vereenzelvigd kan worden met Heuga Nederland".

Tenslotte de derde uitspraak (Aegon). Aegon NV wenste de aandelen die zij hield in het geplaatste kapitaal van haar 100-procentdochtervennootschap Merrem en La Porte Assurantiën BV te verkopen. Aegon heeft de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld hierover advies uit te brengen. Nadat de ondernemingsraad negatief had geadviseerd besloot Aegon overeenkomstig haar voornemen. De ondernemingsraad stelde beroep in bij de OK, maar de OK verklaarde het beroep ongegrond. In cassatie kwamen verschillende vragen aan de orde.

Op grond van art. 26(1) WOR kan een ondernemingsraad in twee gevallen beroep instellen: wanneer het besluit van de ondernemer niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad, en wanneer feiten of omstandigheden bekend zijn geworden die, wanneer zij aan de ondernemingsraad bekend waren geweest ten tijde van het uitbrengen van het advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om een ander advies uit te brengen. Ten aanzien van dit tweede geval oordeelde de HR dat de ondernemingsraad zich alleen op „nieuwe" feiten en omstandigheden kan beroepen die al bestonden op het tijdstip dat de ondernemer zijn besluit nam, „daar de in art. 26 lid 1 van de WOR genoemde feiten en omstandigheden bestaan moeten hebben op dat tijdstip".

De ondernemingsraad hechtte er bijzonder belang aan dat de arbeidsvoorwaarden van de werknemers van Merrem en la Porte Assurantiën BV na de overdracht van de aandelen aan de overnemer niet zouden verslechteren. De ondernemingsraad stelde zich op het standpunt dat Aegon een arbeidsvoorwaardengarantie moest geven of ten minste (om onzekerheid weg te nemen) inzicht moest geven in de toekomstige arbeidsvoorwaarden van iedere werknemer. De HR overwoog dat de OK tot het oordeel had kunnen komen dat Aegon niet onjuist handelde door (onder meer) ermee akkoord te gaan dat de overnemer de medewerkers van Merrem en la Porte Assurantiën BV zou inpassen in zijn systeem van arbeidsvoorwaarden (waarbij het netto niveau bij de overgang zou worden gewaarborgd zonder dat voor de toekomst

garanties werden gegeven) en met iedere werknemer individueel te onderhandelen. Ook hier, net als bij toetsing van besluiten van organen van rechtspersonen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (opgenomen in paragraaf I.6.a over Besluitvorming), marginale toetsing waar het gaat om de inhoudelijke kant van een besluit. De rechter laat het besluitnemend orgaan een vrije marge met betrekking tot de vraag welk besluit juist is. Zie in dit verband ook paragraaf I.16 over De jaarrekening.

15. Het recht van enquête en de geschillenregeling

a. Het recht van enquête

HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, noot Maeijer, Bertus de Bakker e.a. tegen de Procureur-Generaal bij het hof te Amsterdam, de Vereniging van Effectenbezitters e.a. (Ogem Holding NV)

HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51, noot Maeijer, S e.a. tegen S BV

HR 9 mei 1990, *NJ* 1990, 829, de maatschap naar Amerikaans recht Clayco tegen Claybo BV en Cebo NV

HR 6 oktober 1993, *NJ* 1994, 300, noot Maeijer, Bobel NV tegen de Vereniging van Effectenbezitters VEB e.a.

Afdeling 2 van Titel 8 van Boek 2 BW gaat over het enquêterecht. Afdeling 1 van deze Titel gaat over de geschillenregeling. Het enquêterecht geeft een aantal in de wet genoemde personen de bevoegdheid de OK te vragen één of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. De OK kan hiertoe overgaan wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Indien uit het verslag dat de onderzoekers hebben opgesteld van wanbeleid blijkt, kan de OK desgevraagd ten aanzien van de rechtspersoon voorzieningen treffen (artt. 2:356 en 357 BW). Deze voorzieningen kunnen onder meer inhouden dat de OK besluiten van organen van de rechtspersoon schorst of vernietigt, bestuurders of commissarissen schorst of ontslaat, tijdelijk bestuurders of commissarissen aanstelt, en tijdelijk afwijkt van bepalingen in de statuten van de rechtspersoon. De bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek komt als het gaat om een naamloze of besloten vennootschap op grond van art. 2:346 onder b BW onder meer toe aan één of meer aandeelhouders die alleen of samen ten minste tien procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, of rechthebbenden zijn op een aandelenbedrag dat een nominale waarde heeft van ten minste 500.000 gulden.

De geschillenregeling komt hierna onder b verder aan de orde. Hier wordt er reeds op gewezen dat het enquêterecht en de geschillenregeling niet dezelfde reikwijdte hebben. De bepalingen van het enquêterecht zijn van toepassing op coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze en besloten vennootschappen, stichtingen alsmede verenigingen die volledige rechtsbevoegdheid hebben. Ten aanzien van stichtingen en de bedoelde verenigingen stelt de wet nog de aanvullende eis dat zij een onderneming in stand houden

waarvoor ingevolge de WOR een ondernemingsraad moet worden ingesteld. De reikwijdte van de geschillenregeling is beduidend kleiner. De bepalingen van deze regeling zijn van toepassing op besloten vennootschappen en sommige naamloze vennootschappen. Het gaat hierbij om naamloze vennootschappen waarvan de statuten uitsluitend aandelen op naam kennen, een blokkeringsregeling bevatten, en niet toelaten dat met medewerking van de vennootschap toondercertificaten worden uitgegeven.

De eerste te behandelen uitspraak van de HR is voor het enquêterecht van groot belang. In zijn uitspraak gaat de HR in algemene bewoordingen in op de enquêteregeling. Aan de hand van een aantal concrete situaties komt de vraag aan de orde waarin wanbeleid kan bestaan. Ook in de tweede uitspraak komt aan de orde wanneer er sprake is van wanbeleid. De derde en vierde uitspraak gaan vooral over de ontvankelijkheid van een persoon die aan de OK vraagt onderzoekers te benoemen. Art. 2:349(1) bedreigt een verzoeker met niet-ontvankelijkheid wanneer niet blijkt dat hij zijn bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken bij de rechtspersoon schriftelijk tevoren heeft kenbaar gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen van de rechtspersoon. Deze bepaling heeft tot doel de rechtspersoon in de gelegenheid te stellen de bezwaren zelf te onderzoeken en eventueel maatregelen te nemen.

In de zaak die leidde tot de eerste uitspraak (Ogem Holding NV) was de OK tot het oordeel gekomen dat op een aantal punten was gebleken van wanbeleid bij Ogem Holding NV. De OK had, mede omdat Ogem Holding NV failliet was gegaan, geen voorzieningen getroffen. Een aantal voormalige leden van het bestuur en van de raad van commissarissen heeft beroep in cassatie ingesteld tegen de beschikking van de OK. Dit cassatieberoep heeft geleid tot een omvangrijke en, als gezegd, belangrijke uitspraak van de HR.

De verzoekers tot cassatie stelden dat de omstandigheid dat Ogem Holding NV failliet was gegaan, meebracht dat een enquête ten aanzien van deze rechtspersoon niet meer zinvol, en dus rechtens niet mogelijk was. De HR was het met deze opvatting niet eens. Hij verwees naar de wetsgeschiedenis van het enquêterecht waaruit naar voren komt dat de doeleinden van een enquête niet alleen kunnen zijn de verhoudingen binnen een rechtspersoon te saneren, en gezonde verhoudingen te herstellen, maar ook te komen tot opening van zaken en het vaststellen wie verantwoordelijk is voor mogelijk blijkend wanbeleid.

De verzoekers tot cassatie betwistten dat de OK tot het oordeel had kunnen komen dat er van wanbeleid was gebleken bij Ogem Holding NV. Zij waren voorts van mening dat de OK van een onjuiste uitleg van het begrip wanbeleid was uitgegaan. Ook hier verwees de HR naar de wetsgeschiedenis. Hij constateerde dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de betekenis van het begrip wanbeleid in de wet niet afwijkt van het spraakgebruik, en dat de rechter in elk afzonderlijk geval zal moeten beslissen of van wanbeleid sprake is. In het licht van deze wetsgeschiedenis had de OK juist gehandeld door met betrekking tot een aantal onderwerpen de vraag te beantwoorden of

Ogem Holding NV onzorgvuldig of laakbaar had gehandeld, en vervolgens de vraag te beantwoorden of dit onzorgvuldige of laakbare handelen zo ernstig was dat Ogem Holding NV had gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap (zodat bij een bevestigend antwoord van wanbeleid sprake was). Bij deze toetsing gaat het er weliswaar om vast te stellen of er sprake is van wanbeleid van de rechtspersoon, maar wanbeleid van de organen van de rechtspersoon of van degenen die deel uitmaken van die organen, kan wel degelijk aan de rechtspersoon worden toegerekend.

De HR oordeelde verder, wederom op basis van de wetsgeschiedenis, dat er niet slechts van wanbeleid in de zin van de enquêteregeling sprake kan zijn indien dit wanbeleid structureel is. Ook één enkele gedraging kan wanbeleid opleveren, met name wanneer die gedraging tot zeer nadelige gevolgen heeft geleid. Een dergelijke gedraging moet in dat geval wel veel méér zijn dan een incident of een incidentele beleidsfout.

De uitspraak van de HR bevat ook zeer concrete overwegingen over het wanbeleid bij Ogem Holding NV. Zo moest het als wanbeleid worden aangemerkt dat Ogem Holding NV had nagelaten, toen zij een deelneming verwierf in een Duitse vennootschap, de mogelijkheid van een neerwaartse prijsbijstelling van de door haar te bepalen prijs te bedingen. Ogem Holding NV had dat wél moeten doen omdat zij de mogelijkheid van een opwaartse prijscorrectie van de door haar te betalen prijs wel had aanvaard, en eigenlijk te veel gegevens miste om tot enigerlei juiste beoordeling te kunnen komen.

Ook was het wanbeleid dat Ogem Holding NV had nagelaten in te grijpen toen het bestuur van haar „kleindochter"-vennootschap, Omega Project BV, de concernleiding onvoldoende inlichtingen verstrekte en zich aan het toezicht en de leiding van de concerntop onttrok. Ogem Holding NV (de concernleiding en concerntop) hield 100 procent van de aandelen in Ogem BV, die op haar beurt 100 procent van de aandelen in Omega Project BV hield, waarbij het bestuur van Ogem Holding NV en het bestuur van Ogem BV uit dezelfde personen bestond. Dit bracht mee dat Ogem Holding NV het in haar macht had in te grijpen, omdat zij de mogelijkheid had het bestuur van Omega Project BV te doen schorsen, of ontslaan en vervangen door een bestuur dat zich wél zou richten naar de richtlijnen en aanwijzingen van de concernleiding.

Bij de ontwikkeling van bouwprojecten waarbij Ogem Holding NV betrokken was geweest, had de raad van commissarissen geen initiatieven ontwikkeld en niet ingegrepen, hoewel de raad signalen bereikten die hem aanleiding hadden behoren te geven nadere gegevens op te vragen. Hierdoor was binnen Ogem Holding NV een besluitvorming tot stand gekomen die tot zeer grote verliezen had geleid (te weten uiteindelijk ten minste 200 miljoen gulden). De HR deelde het oordeel van de O.K. dat hier van onzorgvuldig handelen sprake was. De HR overwoog dat de O.K. in haar oordeel tot uitdrukking had gebracht dat de raad van commissarissen zijn toezichthoudende taak niet, dan wel niet naar behoren, had vervuld.

Op een ander punt sloot de HR zich niet aan bij het oordeel van de O.K. De O.K was tot het oordeel gekomen dat Ogem Holding NV onzorgvuldig had gehandeld omdat de jaarrekeningen van Ogem Holding NV over een aantal jaren ten aanzien van de presentatie van de projectontwikkeling ernstige tekorten vertoonden en voor een deel zelfs misleidend waren. Aldus werd, zo oordeelde de O.K, in de jaarrekening onzorgvuldig rekening en verantwoording afgelegd aan de algemene vergadering van aandeelhouders en aan derden. Naar het oordeel van de HR had de O.K moeten ingaan op het verweer dat de externe accountants van Ogem Holding NV over deze jaarrekeningen goedkeurende verklaringen hadden afgelegd. Het ging hier om accountants die geacht moesten worden op de hoogte te zijn geweest van de problemen die zich rond de projectontwikkeling voordeden.

Dan de tweede uitspraak (S BV). Voor een goed begrip van deze uitspraak van de HR is het noodzakelijk enkele korte opmerkingen te maken over vertegenwoordiging van naamloze en besloten vennootschappen. Voor de besloten vennootschap bepaalt art. 2:240 BW (art. 2:130 geeft voor de naamloze vennootschap een gelijkluidende regeling) in lid 1 dat het bestuur bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, en in lid 2 dat iedere bestuurder bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen behoudens uitsluiting of „twee handtekeningenclausule" in de statuten. Lid 3 bepaalt dat alleen wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperkingen van of voorwaarden voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en van de bestuurders aan een derde of wederpartij kunnen worden tegengeworpen. Een regeling in de statuten die de vertegenwoordigingsbevoegdheid afhankelijk stelt van goedkeuring door bij voorbeeld een orgaan van de vennootschap, is geen wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking of voorwaarde. Gaat een bestuurder toch namens de vennootschap een overeenkomst aan, dan is de vennootschap aan die overeenkomst gebonden.

Het statutaire doel van S. BV was het beleggen van vermogen, en het aan- en verkopen en exploiteren van onroerend goed. Het geplaatste kapitaal van S. BV viel uiteen in 501 aandelen A, en 501 aandelen B. Vier aandeelhouders van S. BV hebben de O.K. verzocht één of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap. Deze aandeelhouders hielden alle aandelen A op twee van deze aandelen na. Het bestuur van S. BV bestond uit de twee broers S. De vier aandeelhouders die het enquêteverzoek indienden waren kinderen van één van deze broers (S. senior). S. senior hield één aandeel A. Alle aandelen B op één van deze aandelen na werden gehouden door de andere bestuurder, K.S. K.S. was een oom van de verzoekers. Een administratiekantoor hield één aandeel A en één aandeel B. De vier aandeelhouders waren van mening dat binnen de vennootschap ten onrechte de statutaire bepaling werd gehandhaafd dat gemaakte winsten moesten worden gereserveerd, in plaats van uitgekeerd aan de aandeelhouders. Deze statutaire bepaling stamde uit de tijd dat S. BV zich borg had gesteld voor de schulden van een werkmaatschappij. De vier aandeelhouders wensten dat deze bepaling werd gewijzigd: de

werkmaatschappij stond nu financieel voldoende op eigen benen, en de vier aandeelhouders hadden zelf geld nodig. Zij slaagden er niet in een einde te maken aan de situatie omdat in de algemene vergadering van aandeelhouders waarin het voorstel tot wijziging van de statuten op dit punt aan de orde kwam de voor statutenwijziging vereiste versterkte meerderheid niet werd gehaald. Daarbij was het zo dat S. senior vóór had gestemd, en zijn broer, K.S., tegen. Als volgende stap stelden de vier aandeelhouders een enquêteverzoek in, maar de O.K. wees dit verzoek af. Tegen de beschikking van de O.K. stelden zij beroep in cassatie in.

Eén van de vragen die in cassatie aan de orde kwam was of de O.K. acht had mogen slaan op het verweerschrift dat in de enquêteprocedure namens de vennootschap was ingediend door haar bestuurder K.S. K.S. had daarbij in strijd gehandeld met de regel die in statuten van S. BV was opgenomen dat een bestuurder een handeling als het indienen van een verweerschrift in een procedure slechts mocht verrichten op basis van een bestuursbesluit. Zo'n bestuursbesluit was er niet en kon er ook niet komen omdat de andere bestuurder, S. senior (die vóór de statutenwijziging had gestemd), het niet met K.S. eens was. De beslissing van de HR staat tegen de achtergrond van de regel naar Nederlands recht dat de statutaire eis van een bestuursbesluit slechts interne werking heeft binnen de vennootschap, en naar buiten niet leidt tot ongeldigheid van een vertegenwoordigingshandeling. De HR overwoog dan ook dat voorop staat dat, indien degenen die een rechtspersoon kunnen vertegenwoordigen namens de rechtspersoon een rechtshandeling verrichten, die handeling als rechtshandeling van de rechtspersoon geldt, óók als de vertegenwoordiger in strijd zou hebben gehandeld met een regel die geldt binnen de interne verhoudingen van de rechtspersoon om slechts op basis van een bestuursbesluit te handelen. De HR gaf aan dat er wel een uitzondering mogelijk is op het voorgaande. Deze uitzondering baseerde de HR niet op het leerstuk van de vertegenwoordiging, maar op een ander leerstuk. Zij doet zich voor wanneer de vertegenwoordiger onder de omstandigheden van het geval jegens de wederpartij van de rechtspersoon misbruik van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid zou maken door zonder een rechtsgeldig tot stand gekomen bestuursbesluit een vertegenwoordigingshandeling te verrichten. Deze uitzondering kon zich in casu niet voordoen omdat de O.K. zelfs zonder dat in een enquêteprocedure namens de rechtspersoon verweer wordt gevoerd, moet onderzoeken of het enquêteverzoek wel of niet moet worden toegewezen.

De HR vernietigde de uitspraak van de O.K. op een andere grond. De O.K. had het enquêteverzoek afgewezen omdat het geen betrekking had op het beleid van de vennootschap, maar op het gedrag van een individuele aandeelhouder (de tegenstemmende K.S.). Hier had de O.K. in haar oordeel moeten betrekken dat de verzoekers stelden dat het wanbeleid was gelegen in de weigering van het bestuur om de voorgestelde statutenwijziging te steunen en in de verwerping door de algemene vergadering van dat voorstel. Dit gestelde wanbeleid had, zo overwoog de HR, betrekking op gedragingen van

organen van de vennootschap. De HR voegde toe dat van wanbeleid sprake kan zijn wanneer een vennootschap gedurende een aantal jaren zonder dat het belang van de vennootschap dat rechtvaardigt geen, of gelet op de winst zeer weinig, dividend uitkeert, of wanneer een vennootschap in die situatie niet meewerkt aan een wijziging van de bepaling in de statuten op grond waarvan de winstuitkering achterwege blijft.

In het geschil dat tot de derde uitspraak van de HR (Clayco tegen Claybo) leidde had de maatschap naar Amerikaans recht Clayco de O.K. verzocht één of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij Claybo BV. Clayco had daartoe zes gronden aangevoerd. Met betrekking tot vijf van deze gronden had de O.K. geconstateerd dat Clayco deze gronden niet vóór het indienen van het enquêteverzoek aan Claybo had kenbaar gemaakt en Clayco daarom (ten aanzien van deze vijf gronden) op basis van art. 2:349(1) BW niet-ontvankelijk verklaard. In cassatie voerde Clayco aan dat zij zich niet had geconformeerd aan de eis van ingebrekestelling van art. 2:349(1) omdat zij daar in de gegeven omstandigheden de zin niet van inzag. Toen Clayco's aanvankelijk bestaande hoop op een schikking was vervlogen, lagen er tussen het moment waarop bij haar het plan ontstond om een enquêteverzoek in te dienen, en het moment van indienen, slechts enkele dagen. Clayco kon niet langer wachten met het indienen van het enquêteverzoek omdat zij door een aandelenemissie haar status van aandeelhouder die ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal hield, zou verliezen. Afgezien van dit alles, Claybo zou op een ingebrekestelling toch geen actie hebben ondernomen. De HR honoreerde deze argumentatie niet. Hij overwoog dat het Clayco niet vrijstond om de ingebrekestelling van art. 2:349(1) achterwege te laten omdat zij daarvan geen of weinig heil verwachtte.

Voorts ging de HR in op de vraag of een verzoeker tot enquête in de loop van de behandeling van zijn verzoek door de O.K. nieuwe gronden voor dat verzoek mag aanvoeren die hij niet in zijn verzoekschrift had opgenomen. Dit is een geval van verandering of vermeerdering van een verzoek, hetgeen op grond van de bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mogelijk is, tenzij daardoor de mogelijkheid verweer te voeren onredelijk zou worden bemoeilijkt. Dit wijst er al op dat er aan de mogelijkheid van een dergelijke verandering of vermeerdering van een verzoek een grens is. Zij mag, overwoog de HR, niet zover gaan dat daardoor de in de artt. 2:346 en 349(1) BW gestelde eisen zouden worden genegeerd. Daarvan is sprake wanneer tussen de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken die in het verzoekschrift zijn verwoord en de in de loop van de procedure aangevoerde nieuwe grond zó weinig verband bestaat dat niet gezegd kan worden dat de nieuwe grond over hetzelfde onderwerp gaat.

De vierde uitspraak (Bobel). De O.K. had het verzoek dat was ingediend door de Vereniging van Effectenbezitters VEB en anderen om één of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Bobel NV toegewezen. Daarbij was de O.K.

voorbijgegaan aan het verweer van Bobel dat niet was voldaan aan het vereiste van art. 2:349(1) BW dat de verzoekers hun bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken tevoren hadden kenbaar gemaakt. VEB had haar bezwaren wel kenbaar gemaakt, maar de overige verzoekers niet. Bobel was van mening dat zij zich er door deze gang van zaken niet van had kunnen vergewissen dat de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken werden gesteund door zoveel aandeelhouders als nodig was om de vereiste grens van art. 2:346 onder b BW te bereiken. VEB had zich in dit verband beroepen op tussen haar en Bobel gevoerde correspondentie. Bobel heeft tegen de beschikking van de O.K. beroep in cassatie ingesteld, maar tevergeefs. De HR oordeelde dat aan het vereiste van art. 2:349, in samenhang met art. 2:346 onder b, is voldaan wanneer op grond van de inhoud van de aangevoerde bezwaren, alsmede de omstandigheden waaronder en de wijze waarop zij naar voren zijn gebracht, voor de vennootschap duidelijk moet zijn dat die bezwaren de basis kunnen vormen voor een enquêteverzoek dat door een voldoende aantal aandeelhouders wordt ondersteund. Hiervan was in casu sprake geweest.

b. Het recht van enquête en de geschillenregeling: de Van den Berg-saga

HR 17 mei 1989, *NJ* 1993, 206, Johannes van den Berg en Arjen van den Berg tegen Arie van den Berg

HR 11 maart 1992, *NJ* 1992, 459, noot Maeijer, Johannes van den Berg en Arjen van den Berg tegen A. van den Berg BV

HR 8 december 1993, *NJ* 1994, 273, noot Maeijer, Johannes Van den Berg en Arjen van den Berg tegen Arie van den Berg

De broers Floris en Johannes (ook: Joop) van den Berg hebben in 1974 A. van den Berg BV opgericht. Beiden waren tot 1976 bestuurders van de vennootschap. Sinds dat jaar waren een zoon van Floris van den Berg, Arie, en Johannes van den Berg bestuurders. Tussen Arie en Johannes boterde het niet. De verhoudingen binnen de vennootschap zijn grondig in het ongerede geraakt; dit heeft aanleiding gegeven tot een aantal procedures. De scheidslijnen binnen de vennootschap liepen niet alleen dwars door het bestuur, maar ook door de algemene vergadering van aandeelhouders. Daar stonden twee partijen, die ieder de helft van de aandelen hielden, tegenover elkaar. Aan de ene kant Arie, en aan de andere kant Johannes en zijn zoon Arjen.

De eerste uitspraak. Arie van den Berg heeft bij de O.K. een enquêteverzoek ingediend. De O.K. heeft dit verzoek toegewezen en in oktober 1984 een onderzoeker benoemd. Nadat uit het verslag dat deze onderzoeker had uitgebracht van wanbeleid was gebleken, heeft de O.K. in januari 1985 op verzoek van Arie enkele voorzieningen getroffen. De O.K. benoemde een commissaris en besloot tot afwijking van enkele statutaire bepalingen. Deze voorzieningen hadden een duur van één jaar. Vervolgens heeft Arie de O.K. opnieuw verzocht voorzieningen te treffen. In juni 1986 ging de O.K. daartoe over. Zij besloot opnieuw tot tijdelijke afwijking van een aantal statutaire

bepalingen, benoemde tijdelijk drie commissarissen, en ontsloeg Johannes van den Berg als bestuurder. In juni 1988 heeft de O.K. de tijdelijke voorzieningen die zij had getroffen op verzoek van Arie nogmaals verlengd. Johannes van den Berg heeft cassatie ingesteld tegen de beschikking van de O.K. van juni 1986, maar de HR heeft dit beroep verworpen. Hier is als eerste te bespreken de uitspraak van de HR in het cassatieberoep dat Johannes en Arjen van de Berg hebben ingesteld tegen de beschikking van de O.K. van juni 1988.

De HR moest zich uitspreken over de vraag of de voorzieningen die de O.K. wederom had getroffen nog wel het karakter droegen van *tijdelijke* voorzieningen zoals bedoeld in art. 2:356 BW. De onderzoeker had het verslag van zijn bevindingen immers in december 1984 uitgebracht. De HR oordeelde dat de beschikking van de O.K. de toets der kritiek kon doorstaan. De artt. 2:356 en 357 BW verbinden de geldingsduur van de tijdelijke voorzieningen niet aan een termijn, maar een redelijke toepassing van deze artikelen brengt wel mee dat de O.K. slechts dan een tijdelijke voorziening treft of de geldingsduur daarvan verlengt wanneer de verwachting bestaat dat binnen de aangegeven termijn aan het wanbeleid een einde komt (dan wel dat einde ten minste in wezenlijke mate dichterbij komt). Omdat de aard van de bevoegdheden van de O.K. meebrengt dat de uitoefening ervan zich over geruime tijd kan uitstrekken, kon ook niet zonder meer worden gezegd dat de behandeling van de zaak niet had plaatsgevonden binnen de redelijke termijn die art. 6(1) van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden eist. In zijn overweging over dit punt liet de HR overigens in het midden of het verlengen door de O.K. van de geldingsduur van de tijdelijke voorzieningen ten aanzien van Johannes en Arjen van den Berg wel „the determination of (their) civil rights and obligations" vormde in de zin van art. 6(1) EVRM. De O.K. had de verlenging van de tijdelijke voorzieningen gebaseerd op haar verwachting dat de geschillenregeling (zie hierna) in Titel 8 van Boek 2 zou worden opgenomen en in werking zou treden, en het mogelijk zou maken te komen tot herstel van normale werkbare verhoudingen binnen de vennootschap. Had de O.K. haar beslissing op deze verwachting mogen baseren? De HR vond van wel: ten tijde van de uitspraak van de HR (op 17 mei 1989) was de geschillenregeling al in werking getreden (met ingang van 1 januari 1989), en op dit laatste tijdstip was nog maar een half jaar van de twee jaar van de opnieuw verlengde geldingsduur van de tijdelijke voorzieningen verstreken.

De verzoekers tot cassatie, Johannes en Arjen van den Berg, waren van mening dat er in het geheel geen reden meer bestond voor de O.K. om nog langer voorzieningen te treffen ten aanzien van de vennootschap. Er was geen impasse meer in het beleid van de vennootschap omdat de O.K. Johannes als bestuurder had ontslagen, en de kantonrechter bovendien de arbeidsovereenkomst tussen Arjen en de vennootschap had ontbonden. De HR was het niet met Johannes en Arjen eens. Hij wees erop dat de O.K. bij haar beslissing ook rekening had gehouden met het feit dat de conflicten die

tot de impasse in de vennootschap hadden geleid mede voortvloeiden uit de omstandigheid dat de aandelen van de vennootschap voor de helft door Arie en voor de helft door Johannes en Arjen werden gehouden.

Johannes en Arjen legden de HR de vraag voor of de O.K. ten onrechte de vraag buiten beschouwing had gelaten of zij wel schuld hadden aan de impasse in de vennootschap. Naar het oordeel van de HR had de O.K. de schuldvraag buiten beschouwing mogen laten. De enquêteregeling voorziet erin om te komen tot beëindiging van geconstateerd wanbeleid, maar niet om te komen tot de vaststelling „aan wiens schuld dat wanbeleid is te wijten".

De tweede uitspraak. In februari 1991 dienden Johannes en Arjen van den Berg op hun beurt een enquêteverzoek in. Zij waren van mening dat er gegronde redenen waren om te twijfelen aan een juist beleid bij A. van den Berg BV. In dit verband wezen zij onder meer op de gedragingen van Arie van Berg, die ertoe hadden geleid dat zij geen functies meer konden bekleden in de vennootschap. De O.K. heeft het verzoek van Johannes en Arjen afgewezen. De O.K. baseerde zich daarbij op de haar ter beschikking staande gegevens, waaronder het onderzoeksrapport uit de eerdere enquêteprocedure, en nam ook in aanmerking dat er binnen A. van den Berg BV nog voorzieningen van kracht waren. In de tweede uitspraak overwoog de HR dat de O.K. met haar oordeel geen blijk had gegeven van een onjuiste opvatting van art. 2:350 BW (de toets of er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen), en evenmin blijk had gegeven van een miskenning van haar taak als rechter.

In de derde uitspraak speelt de geschillenregeling een rol. De geschillenregeling geeft onder meer in art. 2:336 BW aan één of meer houders van aandelen die alleen of samen ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen de mogelijkheid van een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, te vorderen dat deze aandeelhouder zijn aandelen aan de eisers overdraagt. De vordering moet worden ingediend bij de rechtbank. In hoger beroep is de O.K. bevoegd.

In november 1989 heeft Arie van den Berg Johannes en Arjen van den Berg op grond van art. 2:336 BW voor de rechtbank gedagvaard, en gevorderd Johannes en Arjen te veroordelen hun aandelen aan hem over te dragen. De rechtbank heeft de vordering toegewezen; in hoger beroep heeft de O.K. die uitspraak bekrachtigd. Johannes en Arjen hebben beroep in cassatie ingesteld. Zij waren van mening dat de gedwongen overdracht van aandelen die door de geschillenregeling mogelijk wordt gemaakt in strijd is met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Deze bepaling waarborgt het recht op het ongestoord genot van eigendom en het verbod van onteigening, behoudens onteigening in het algemeen belang. De HR honoreerde dit standpunt niet. De HR verwees naar de wetsgeschiedenis van de geschillenregeling waaruit blijkt dat de wetgever de geschillenregeling tot stand heeft gebracht om te kunnen optreden tegen gedragingen van aandeelhouders die ertoe leiden dat,

omdat een impasse ontstaat, het voortbestaan van de vennootschap in gevaar wordt gebracht. De HR was van oordeel dat het voortduren van permanente conflictsituaties tussen aandeelhouders zozeer in strijd kan komen met het algemeen belang dat is verbonden aan een goed functionerend bedrijfsleven, dat de wetgever de geschillenregeling in „the general interest" tot stand heeft kunnen brengen, zonder de hem toegelaten „margin of appreciation" te overschrijden.

16. De jaarrekening

HR 22 februari 1989, *NJ* 1991, 183, noot Maeijer, Johan Willem Nijhuis en Gerrit Jan Nijhuis tegen Machinefabriek G.J. Nijhuis BV

Titel 9 van Boek 2 BW gaat over de jaarrekening en het jaarverslag. De jaarrekening bestaat uit de balans en de winst- en verliesrekening met de toelichting. Titel 9 is onder meer van toepassing op coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen. Zij moeten hun jaarrekening en jaarverslag overeenkomstig de bepalingen van Titel 9 inrichten en openbaar maken. Niet in Boek 2 BW, maar in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn bepalingen opgenomen over de rechtspleging inzake de jaarrekening en het jaarverslag. Art. 999 Rv bepaalt (kortweg) dat iedere belanghebbende die van oordeel is dat de jaarrekening of het jaarverslag niet voldoet aan de daaraan gestelde voorschriften, van de rechtspersoon kan vorderen dat deze de jaarrekening of het jaarverslag inricht „overeenkomstig bij rechterlijk bevel te geven aanwijzingen". Op grond van art. 1000 Rv is de O.K. de bevoegde rechter.

Twee eisers, J.W. Nijhuis en G.J. Nijhuis, hebben op grond van art. 999 Rv een vordering ingesteld tegen Machinefabriek G.J. Nijhuis BV. Zij waren van mening dat de vennootschap de omvang van bepaalde actief- en passiefposten onjuist had vastgesteld. In cassatie kwam de vraag aan de orde hoever de toetsing door de rechter op dit punt mag gaan. De O.K. had overwogen dat de beoordeling van de omvang van actief- en passiefposten in eerste instantie toekomt aan de ondernemingsleiding, en dat wanneer de andere bevoegde organen van de rechtspersoon het oordeel van de ondernemingsleiding delen, een belanghebbende zich in het algemeen bij dat oordeel heeft neer te leggen. Deze andere bevoegde organen kunnen bij een naamloze of besloten vennootschap de algemene vergadering van aandeelhouders zijn die de jaarrekening vaststelt, of (wanneer de vennootschap onder de structuurregeling valt) goedkeurt, en de raad van commissarissen (die wanneer de vennootschap onder de structuurregeling valt, de jaarrekening vaststelt). De O.K. toetste dus marginaal. De beide eisers waren daarentegen van mening dat de O.K. de omvang van bepaalde actief- en passiefposten desgevraagd volledig dient te beoordelen.

In de parafrase die de HR geeft van het oordeel van de O.K. komt duidelijk naar voren wat onder marginale toetsing moet worden verstaan. De HR overwoog dat „de O.K. klaarblijkelijk (heeft) beoogd als haar oordeel tot

uitdrukking te brengen dat, indien de bezwaren van een belanghebbende zich uitsluitend richten tegen de omvang van een of meer posten van de jaarrekening, de kamer slechts heeft te beoordelen of de rechtspersoon de betrokken post in redelijkheid heeft kunnen waarderen gelijk hij heeft gedaan." De HR overwoog dat dit oordeel van de O.K. juist is. Bij het bepalen van de omvang van de verschillende posten van een jaarrekening kunnen zich binnen de grenzen van de redelijkheid uiteenlopende waarderingen voordoen. Dit is mede een gevolg van het feit dat bij het bepalen van de omvang van die posten onzekere factoren meespelen. Dit brengt mee dat de O.K. haar eigen waardering van de actief- en passiefposten niet in de plaats van de waardering door de rechtspersoon mag stellen wanneer de waardering door de rechtspersoon de grenzen van de redelijkheid niet overschrijdt. Zie voor marginale toetsing in het ondernemingsrecht voorts de paragrafen I.6.a over besluitvorming (de onderdelen over toetsing van besluiten van organen van rechtspersonen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid) en I.14 over De ondernemingsraad.

17. Kan een BV na ontbinding nog failliet worden verklaard?

HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, noot Maeijer, Adjuncten Properties Holding BV tegen Lars Ragnar Söderqvist q.q.

Op 7 april 1994 verzoekt L.R. Söderqvist in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Capital Line Kreditmarknards AB (hierna Söderqvist) aan de Rechtbank te Amsterdam Adjuncten Properties Holding BV (hierna APH) failliet te verklaren. Partijen verzoeken vervolgens ter zitting verschillende malen aanhouding met het oog op schikkingsonderhandelingen. Tijdens deze onderhandelingen besluit de algemene vergadering van aandeelhouders op 1 juli 1994 tot ontbinding omdat er geen bekende baten meer zouden zijn. Deze ontbindingsgrond alsmede de beëindiging van APH blijken ook uit een uittreksel d.d. 4 juli 1994 uit het handelsregister te Amsterdam. De Rechtbank verklaart APH op 5 juli 1995 in staat van faillissement. Zij overweegt daarbij onder meer dat APH tijdens de periode van de schikkingsonderhandelingen een vordering van de gemeentelijke belastingdienst heeft voldaan en „dat tijdens de laatste behandeling onvoldoende aannemelijk is gemaakt, dat de vennootschap geen enkele bate meer zou hebben en dat vereffening volgens de wet zou hebben plaatsgevonden". Het Hof te Amsterdam bekrachtigt dit vonnis van de Rechtbank. Hiertegen komt APH in cassatie op. In het middel voert APH onder meer aan dat een ontbonden rechtspersoon ophoudt te bestaan indien en voor zover hij zelf constateert dat geen bekende baten meer aanwezig zijn, en dat na een dergelijke constatering voor crediteuren nog slechts de weg van heropening van de vereffening (zie art. 2:23*c* lid 4 oud BW sedert 1 september 1994: lid 1) en met name niet de weg van een faillissementsaanvraag openstaat. De Hoge Raad verwerpt dit betoog en overweegt daarbij als volgt. „Het oordeel van het bestuur — of de vereffenaar — van een ontbonden rechtspersoon dat

geen baten meer aanwezig zijn en dat de rechtspersoon derhalve ingevolge het bepaalde in art. 2:19 lid 4 BW (vóór 1 september 1994: lid 5) is opgehouden te bestaan, is vatbaar voor toetsing door de rechter indien een schuldeiser, stellende dat de rechtspersoon nog baten heeft, diens faillissement aanvraagt. Het wettelijk stelsel brengt niet mee dat de rechter het bedoelde oordeel uitsluitend zou kunnen toetsen in het kader van een op de voet van art. 2:23*c* lid 1 BW (voorheen lid 4) gevoerde procedure tot heropening van de vereffening. Komt de rechter die op de faillissementsaanvraag beslist, tot het oordeel dat summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten zijn, dan kan hij, indien aan de overige vereisten voor faillietverklaring is voldaan, het faillissement uitspreken en moet de rechtspersoon geacht worden ter afwikkeling van het faillissement te zijn blijven bestaan."

Maeijer vraagt zich in zijn noot onder dit arrest (*NJ* 1995, 579) af waarom de Hoge Raad naast de mogelijkheid tot heropening van de vereffening ex art. 2:23*c* lid 1 BW — met mogelijk daaropvolgend de aangifte tot faillietverklaring door de vereffenaar ex art. 2:23*a* lid 4 BW — nu ook de mogelijkheid tot directe faillietverklaring van de ontbonden vennootschap op verzoek van een schuldeiser heeft geopend. Hij meent dat onder omstandigheden van belang kan zijn dat zo spoedig mogelijk de faillietverklaring plaatsvindt zodat de waarborgen en mogelijkheden terwille van de belangen van crediteuren die in de faillissementsprocedure liggen besloten, aanstonds kunnen worden benut. Hij denkt daarbij ook aan mogelijke vorderingen van de curator ex art. 2:138 en 248 jegens de ex-bestuurders op grond van onbehoorlijk bestuur.

18. Bank (leadmanager) aansprakelijk bij emissie obligaties? Collectieve actie.

HR 2 december 1994, *RvdW* 1994, 263, *NJ* 1996, 246, noot Verkade, ABN AMRO Bank NV, rechtsopvolgster onder algemene titel van Amsterdam Rotterdam Bank NV tegen De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Vereniging tot Behartiging van de belangen van Houders van Obligaties Coopag Finance BV

Op 3 juni 1987 en 7 juli 1988 heeft een aantal banken, waaronder de Amsterdam Rotterdam Bank (hierna de Bank) als leadmanager, prospectussen uitgegeven met betrekking tot twee obligatieleningen uitgeschreven door Coopag Finance BV te Amsterdam. Beide obligatieleningen worden genoteerd aan de Amsterdamse effectenbeurs en dienen om financieringsmiddelen aan te trekken voor de enig aandeelhouder van Coopag Finance BV, Co op AG, die beide obligatieleningen garandeert. In de prospectus voor de eerste lening wordt de jaarrekening van Co op AG met de goedkeurende accountantsverklaring over 1986 opgenomen terwijl in de prospectus voor de tweede obligatielening de jaarrekening van Co op AG met de goedkeurende accountantsverklaring over 1987 is opgenomen. De garantstelling en de

financiële gegevens van de garant zijn voor de beleggers van groot belang omdat het vermogen van Coopag Finance BV in geen verhouding staat tot de aangegane verplichtingen. Medio oktober 1988 komt de Bank op de hoogte van negatieve informatie over Co op AG. In de editie van 17 oktober 1988 van het Duitse weekblad Der Spiegel wordt een artikel met dergelijke informatie gepubliceerd. Op 23 en 24 november 1988 verschijnen hierover in Nederlandse dagbladen publicaties. Tot die informatie behoort dat eind 1985 een grote schuldenlast aanwezig was, die slechts voor een klein gedeelte in de balans is opgenomen, en dat grote liquiditeitsproblemen bestaan. Achteraf blijkt dat deze berichtgeving niet zonder grond was omdat de accountants hun goedkeurende verklaringen intrekken en tegen enkele bestuurders van Co op AG zelfs een strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld. Gedupeerde beleggers richten de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Vereniging tot Behartiging van de belangen van houders van obligaties Coopag Finance BV (hierna de Vereniging) op. Deze Vereniging heeft blijkens haar statuten tot doel: „het behartigen van de belangen van hen die op grond van de informatie, vervat in het prospectus de dato juli negentienhonderdzevenentachtig en augustus negentienhonderd achtentachtig, alsmede informatie door de Amrobank NV uitgedragen, obligaties van Coopag BV hebben verworven." Een aantal beleggers cedeert voorts hun vordering tot schadegoeding op de Bank ter incasso aan de Vereniging. De Vereniging vordert bij de Rechtbank te Amsterdam, kort samengevat, het volgende:

1. een verklaring voor recht dat de Bank jegens de beleggers onrechtmatig gehandeld heeft door (a) de hiervoor genoemde prospectussen openbaar te (doen) maken respectievelijk de inhoud en de inkleding daarvan te (doen) bepalen;

(b) nadat haar de werkelijke financiële positie van Co op AG bekend was geworden, althans had moeten zijn, beleggers te adviseren tot aankoop ter beurse van obligaties Coopag althans zulks niet te verhinderen noch te wijzen op de aan de aankoop verbonden risico's.

2. de Bank te veroordelen aan de Vereniging te betalen de als gevolg van het hiervoor bedoelde onrechtmatig handelen voor beleggers ontstane schade voor zover die beleggers hun vorderingen terzake aan de Vereniging ter incasso hebben gecedeerd.

De Vereniging baseert deze vorderingen op de artikelen 1416a-b (oud) BW (thans vervangen door de daarmee in hoofdzaak overeenstemmende artikelen 6:194-195 BW). In art. 1416a (oud) BW werd onder meer bepaald: „Hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaarmaken, handelt onrechtmatig, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is, zoals ten aanzien van: *a* de aard, samenstelling, hoeveelheid, hoedanigheid, eigenschappen of gebruiksmogelijkheden; (...)"

Art. 1416b (oud) BW hield het volgende in:

„1. Indien een vordering ingevolge artikel 1416a wordt ingesteld tegen iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen, rust op hem de bewijslast terzake van de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor wordt gesuggereerd en waarop het beweerde misleidende karakter van de mededeling berust, behoudens voor zover deze bewijslastverdeling onredelijk is.

2. Indien volgens artikel 1416a onrechtmatig is gehandeld door iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen, is hij voor de dientengevolge ontstane schade aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat hem geen verwijt treft."

De Vereniging stelt dat de Bank door het (doen) bepalen van inhoud en inkleding respectievelijk het (doen) openbaar maken van de hiervoor vermelde prospectussen, die onjuiste en derhalve misleidende gegevens inhielden, onrechtmatig heeft gehandeld jegens de beleggers. Bij pleidooi onderbouwt de Vereniging haar stelling dat de prospectussen onjuiste en misleidende gegevens inhielden nader, door er op te wijzen dat (a) in de (in de prospectussen opgenomen) jaarrekeningen over 1986 en 1987 van Co op AG ten onrechte 214 verbonden ondernemingen niet zijn geconsolideerd, die tezamen een schuldenlast hebben van ruim DM 1,5 miljard en (b) de geconsolideerde balans van Co op AG een tekort vertoonde van ongeveer DM 2 miljard. De Rechtbank wijst bij tussenvonnis van 30 oktober 1991 de tweede vordering van de Vereniging af. Ten aanzien van de eerste vordering oordeelt zij dat de Vereniging voldoende aan haar stelplicht met betrekking tot art. 7A:1416a en 1416b BW heeft voldaan en stelt vervolgens de Bank in de gelegenheid om aan te tonen dat haar geen verwijt treft door bij een in deze procedure te nemen akte concreet te stellen (a) bij wie, op welke wijze en wanneer zij in de financiële wereld navraag bij Co op AG heeft gedaan; (b) welk onderzoek zij zelf bij Co op AG heeft gedaan. Daarbij moet zij ook vermelden of zij navraag heeft gedaan bij de Deutsche Bank en, zo ja, welke reactie zij daarop heeft gekregen, en voorts of zij inzage in de interne financiële rapportage heeft gevraagd, zo ja, met welk resultaat, en zo neen waarom niet. Tegen dit tussenvonnis stelt de Bank hoger beroep in bij het Hof te Amsterdam. De Vereniging stelt incidenteel hoger beroep in tegen de afwijzing van haar tweede vordering. In hoger beroep voert de Bank naast een aantal andere verweren ook nog het verweer dat de Vereniging niet ontvankelijk is in haar vorderingen voorzover zij optreedt als belangenvereniging voor alle beleggers die de bedoelde obligaties hebben gekocht. Het Hof honoreert dit laatste verweer maar verklaart de Vereniging wel ontvankelijk in haar vordering om voor recht te verklaren, dat de Bank jegens beleggers, die hun vorderingsrechten aan de Vereniging hebben gecedeerd, onrechtmatig hebben gehandeld. Voor het overige bevestigt het Hof het vonnis van de Rechtbank. Hiertegen tekent de Bank cassatieberoep aan.

De Vereniging stelt incidenteel cassatieberoep in tegen de gedeeltelijke niet-ontvankelijkverklaring.

Het eerste deel van het cassatiemiddel van de Bank richt zich tegen het oordeel van het Hof dat door publicatie door de Bank van de in de prospectus vervatte jaarrekeningen sprake is van openbaarmaking in de zin van art. 1416a BW, ondanks het feit dat deze jaarrekening reeds eerder door Co op AG waren gepubliceerd. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het Hof en overweegt daarbij dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 1416a blijkt dat aan het begrip „openbaar maken" in dit artikel een ruime betekenis moet worden toegekend. „De wet gaat niet uit van een „uitputtingsregel", in die zin dat als eenmaal enige openbaarmaking heeft plaatsgehad zulks in dier voege als uitputtend moet worden beschouwd dat een nieuwe publicatie van dezelfde gegevens niet meer als een openbaarmaking moet worden beschouwd."

Het tweede onderdeel van het cassatiemiddel bestrijdt 's Hofs oordeel dat de Vereniging aan haar stelplicht met betrekking tot de misleiding heeft voldaan. Het Hof zou niet duidelijk hebben gemaakt naar welke maatstaf moet worden beoordeeld, dat 214 met Co op AG verbonden ondernemingen ten onrechte niet in haar jaarrekeningen 1986 en 1987 waren geconsolideerd. De gedachte die kennelijk aan deze klacht ten grondslag ligt is dat volgens het Duitse jaarrekeningenrecht (waaraan Co op AG onderworpen is) niet de resultaten van *alle* groepsmaatschappijen in de geconsolideerde jaarrekening hoeven te worden opgenomen. Alleen de dochtermaatschappijen moeten daarin worden opgenomen. De Hoge Raad overweegt dat ook indien het op zichzelf, volgens de toepasselijke regels van jaarrekeningenrecht, was toegestaan de bedoelde 214 ondernemingen niet te consolideren, dit niet wegneemt dat de in de prospectussen opgenomen jaarrekeningen van Co op A.G. in het onderhavige geval misleidend konden zijn. Door het niet consolideren van de 214 ondernemingen en het ook niet vermelden van het achterwege laten daarvan werd aan het publiek de mogelijkheid onthouden zich ervan rekenschap te geven dat andere ondernemingen met Co op AG in één groep waren verbonden en dat daardoor het resultaat, de solvabiliteit en de liquiditeit negatief konden worden beïnvloed. Het derde onderdeel van de klacht richt zich tegen het oordeel van het Hof dat de Bank geacht moet worden de inhoud en de inkleding van de prospectussen (mede) te hebben bepaald zoals is bedoeld in art. 1416*b* BW. De Bank stelt zich op het standpunt dat de bewijslast die ingevolge art. 1416*b* BW op haar rust slechts de juistheid en volledigheid betreft van de mededelingen in de prospectussen waarop zij daadwerkelijk een beslissende invloed heeft gehad en niet de juistheid en volledigheid van de mededelingen welke afkomstig zijn van Co op AG. De Hoge Raad gaat hier niet in mee en overweegt dat degene die een door hem samengestelde tekst heeft openbaar gemaakt, zeer wel door de keuze van de daarin opgenomen mededelingen, de inhoud en inkleding van die mededelingen zelf geheel of ten dele kan hebben bepaald in de zin van art. 1416b, ook indien in die tekst opgenomen mededelingen van een of meer

anderen afkomstig zijn. „Zulks zal evenwel anders zijn indien degene die de tekst openbaar maakt, daarin op niet mis te verstane wijze tot uitdrukking brengt dat bepaalde mededelingen in de gepubliceerde tekst niet van hem afkomstig zijn en dat hij niet voor de juistheid van die van een ander of van anderen afkomstige mededelingen instaat. Dat zodanig voorbehoud in de prospectussen is opgenomen is echter niet aangevoerd." Ook onderdeel 4 leidt niet tot cassatie. In dit onderdeel wordt geklaagd over het oordeel van het Hof dat de Bank niet voldoende heeft aangevoerd voor haar stelling dat haar geen verwijt treft. De Bank verschuilt zich daarbij achter de goedkeurende verklaringen van de accountant van Co op AG. De Hoge Raad overweegt hieromtrent als volgt. „Niet als algemene regel kan worden aanvaard dat een bank die optreedt als leadmanager bij de samenstelling van de tekst van het prospectus ten behoeve van een emissie, zonder meer mag afgaan op jaarrekeningen van de emitterende vennootschap indien deze reeds zijn gecontroleerd en goedgekeurd door een of meer accountants. (...) Het antwoord op de vraag of de bank in zodanig geval op de juistheid en volledigheid van de jaarrekeningen mocht vertrouwen, hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij kan onder meer van belang zijn of de inlichtingen welke de bank heeft verkregen van de uitgevende instelling zelf of van de instelling die — eventueel — de betaling van de uit te geven obligaties garandeert, reden gaven om te twijfelen aan de financiële positie van de uitgevende instelling en de garant. Voorts kunnen daarbij van belang zijn inlichtingen die de bank heeft verkregen van de accountant(s) die de jaarrekening heeft (hebben) gecontroleerd en de door hem (hen) gehanteerde methodes en maatstaven. Tenslotte kunnen voor beantwoording van de hier bedoelde vraag ook van belang zijn de inlichtingen van de bank of van de banken, die de uitgevende instellingen tot cliënt hebben of hebben gehad."

De Vereniging heeft meer succes met haar incidentele cassatiemiddel dat zich richt tegen de gedeeltelijke niet-ontvankelijkverklaring van haar vorderingen. De Hoge Raad overweegt onder meer dat volgens art. 3:305*a* een Vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering — anders dan tot schadevergoeding — kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Deze op 1 juli 1994 in werking getreden bepaling wijkt niet wezenlijk af van het voordien geldende recht en leent zich voor toepassing op het onderhavige geval. De Vereniging is derhalve ook ontvankelijk in haar vorderingen voorzover zij de belangen behartigt van die beleggers die niet hun vordering ter incasso aan haar hebben gecedeerd, althans voorzover het gaat om de verlangde verklaring van recht. Dit is een belangrijke beslissing voor gedupeerde beleggers die bij een misleidende prospectus hun schade op de leadmanager willen verhalen. Zij kunnen een Vereniging oprichten die voor hun belangen kan opkomen. Door deze krachtenbundeling kunnen zij procedures voeren die zij individueel nooit hadden kunnen financieren. Deze uitspraak sluit aan bij HR 2 september 1994, *RvdW* 2 september 1994, 165 C, de rechtspersoonlijkheid bezittende

vereniging Consumentenbond tegen Nuts Ziektekostenverzekering NV en Nuts-Aegon Ziektekostenverzekering NV Daarin werd in tegenstelling tot eerdere arresten op dit gebied geanticipeerd op art. 3:305*a* en *b* BW. Deze artikelen hebben een ruime strekking. Voldoende is of aan de volgende voorwaarden is voldaan: (a) rechtspersoonlijkheid (b) statutaire doelstelling en gelijksoortigheid van belangen. In dat arrest is ook beslist dat een door rechtspersoon ingestelde collectieve actie een contractuele grondslag mag hebben. Zie voor de oude situatie T.P.R. 1990-2 p. 807-814.

19. Stichtingen

a. Niet nakoming bevel tot het ter inzage leggen van boeken en bescheiden en tonen waarden der stichting.

HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 512, De Procureur Generaal bij het Hof te Arnhem tegen J.H. Schreurs en W. Bolten.

Een van de taken van het Openbaar Ministerie is het uitoefenen van toezicht op stichtingen. Een belangrijke bepaling daarbij is art. 2:297 BW, dat als volgt luidt:

„1. Het openbaar ministerie bij de rechtbank is, bij ernstige twijfel of de wet of de statuten te goeder trouw worden nageleefd, dan wel het bestuur naar behoren wordt gevoerd, bevoegd het bestuur om inlichtingen te verzoeken.

2. Bij niet- of niet-behoorlijke voldoening aan het verzoek kan de president van de rechtbank, desgevorderd, bevelen dat aan het openbaar ministerie de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de stichting voor raadpleging beschikbaar te stellen en de waarden der stichting worden getoond. Tegen de beschikking van de president staat geen hoger beroep of cassatie open."

Deze bepaling stond samen met art. 2:298 BW in de volgende procedure centraal. De Officier van Justitie te Zutphen (hierna OvJ) verzoekt op grond van art. 2:297 lid 1 BW aan J.H. Schreurs en W. Bolten in hun hoedanigheid van bestuurders van de Stichting „Hulp voor Sahel" (hierna de Stichting) inlichtingen over de activiteiten en de financiën van deze stichting. De bestuurders weigeren dit echter. Vervolgens beveelt de President van de Rechtbank te Zutphen op 3 november 1987 op grond van art. 2:297 lid 2 BW de Stichting binnen twee maanden inzage te geven van haar boeken en bescheiden alsmede haar waarden te tonen. Omdat de OvJ van mening is dat niet voldoende aan dit bevel is voldaan, vordert hij op 11 maart 1988 ingevolge art. 2:298 lid 1 sub b BW het ontslag van de bestuurders. Art. 2:298 lid 1 BW houdt het volgende in:

„1. Een bestuurder die:

a. iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of de statuten, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer, of

b. niet of niet behoorlijk voldoet aan een door de president der rechtbank, ingevolge het vorige artikel, gegeven bevel, kan door de rechtbank worden

ontslagen. Dit kan geschieden op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van iedere belanghebbende."

Bij beschikking van 1 december 1988 wijst de Rechtbank te Zutphen de op art. 2:298 lid sub b BW gebaseerde vordering toe. Schreurs en Bolten stellen vervolgens hoger beroep in bij het Hof te Arnhem. Het Hof oordeelt dat alle grieven gegrond zijn, vernietigt het vonnis en wijst de vordering af. De Procureur Generaal bij het Hof te Arnhem stelt hiertegen cassatieberoep in. De Hoge Raad overweegt dat het in deze gaat om de uitleg van art. 2:297 tweede lid en art. 2:298 eerste lid aanhef en sub b BW. „Aan de beslissing van het hof ligt de opvatting ten grondslag dat door het feitelijk ter inzage geven van de bestaande boeken en bescheiden der stichting en het feitelijk tonen van de waarden der stichting wordt voldaan aan een bevel van de Pres. als in die bepalingen bedoeld. Het middel gaat blijkens de toelichting ervan uit dat eerst behoorlijk voldaan is aan het bevel indien de ter inzage gegeven boeken en bescheiden naar boekhoudkundige maatstaven behoorlijk zijn en een reële en waarheidsgetrouw beeld geven van de rechten en verplichtingen van de stichting. 's Hofs opvatting is evenwel juist. De bewoordingen van art. 297, dat slechts spreekt van „inzage" geven van boeken en bescheiden en „getoond" worden van de „waarden" — niet van „aangetoond" worden van de „waarden" — bieden daaraan steun." Voorts overweegt de Hoge Raad dat de Parlementaire Geschiedenis voor 's Hofs opvatting steun biedt. Het bevel tot het tonen van de boekhouding moet worden gezien als een bevel tot openlegging. Tenslotte wijst de Hoge Raad erop dat een tekort schieten in een behoorlijke boekhouding wordt beheerst door art. 2:298 aanhef en sub a (handelen in strijd met de wet en wanbeheer).

Mag uit deze beslissing nu worden geconcludeerd dat mag worden volstaan met het overleggen van een schoenendoos met rekeningen? Ja, daarmee is voldaan aan het in art. 2:297 lid 2 BW bedoelde bevel. Maar daarmee is de kous voor het bestuur nog niet af. Iedere rechtspersoon (en dus ook een stichting) is op grond van art. 2:10 BW verplicht een zodanig behoorlijke administratie te voeren en de daartoe behorende gegevens te bewaren dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Maeijer merkt in zijn noot onder dit arrest *NJ* 1992, 512 op dat in schoenendoosachtige situaties vaak over strijd met wet geen twijfel zal bestaan. Ook zal volgens hem het tekortschieten in een behoorlijke boekhouding al gauw kunnen worden opgevat als wanbeheer. De OvJ had zijn vordering tot ontslag derhalve niet op art. 2:298 aanhef en sub b BW maar op art. 2:298 aanhef en sub a BW moeten baseren.

b. Is degene die in het verleden de administratie van een stichting heeft bijgehouden een belanghebbende in de zin van art. 429n lid 2 Rv bij een procedure ex art. 2:317 lid 5 BW?

HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 149 noot Maeijer, A. Veldhof tegen De Stichting Leonhard Woltjer Stichting voorheen Stichting Nederlands Instituut voor het Arabische Cultuurgebied.

De Stichting Nederlands Instituut voor het Arabische Cultuurgebied (hierna Stichting NIAC) was eigenaar van een pand. De Stichting NIAC wilde dit pand verkopen. Dit was echter niet mogelijk omdat haar doelomschrijving niet toestond hiertoe over te gaan. Op grond van het destijds geldende art. 2:294 lid 2 oud BW kon de doelomschrijving ook niet door de rechter worden gewijzigd. Om deze bepaling te omzeilen wilde het bestuur van de Stichting NIAC dat deze een juridische fusie aanging met de Leonhard Woltjer Stichting, wier doelomschrijving verkoop van het pand wel toestond. Het besluit tot fusie behoefde echter op grond van art. 2:317 lid 5 BW goedkeuring van de rechtbank. Dit artikel bepaalt voorts dat de rechtbank het verzoek tot goedkeuring moet afwijzen, indien er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat de fusie strijdig is met het belang van de stichting. Op 27 april 1990 verzoekt de Stichting NIAC om de hierbovenbedoelde goedkeuring voor de fusie met Leonhard Woltjer Stichting. De rechtbank verleent de goedkeuring bij beschikking van 19 juni 1990. Vooraf wordt niemand namens de fuserende stichtingen in de gelegenheid gesteld te worden gehoord. Veldhof meent dat hij namens de Stichting NIAC had moeten worden gehoord en stelt op grond van art. 429n lid 2 Rv. beroep in tegen de beschikking van de rechtbank. Veldhof meent dat hij belanghebbende is in de zin van dat art. 429n lid 2 Rv. onder andere omdat hij enige tijd plaatsvervangend directeur is geweest en tot het overlijden van één van de oprichters de administratie van de stichting heeft gevoerd.

Het Hof oordeelt echter dat Veldhof geen belanghebbende is in de zin van art. 429n lid 2 Rv. In de daarop volgende cassatieprocedure constateert de Hoge Raad dat Veldhof ten tijde van de totstandkoming van het besluit tot fusie geen functie meer bij de Stichting NIAC bekleedde. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat in de wet niet algemeen is aangegeven wie tot de belanghebbenden in de zin van art. 429n lid 2 Rv. zijn te rekenen. Dit moet voor ieder type verzoekschrift uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid. „In de onderhavige zaak gaat het om een beschikking tot goedkeuring tot fusie van een stichting als bedoeld in art. 2:317 lid 5 BW. Een persoon die behoort tot de kring van de bij de stichting betrokkenen, zoals een oprichter of iemand die ten tijde van de totstandkoming van het fusiebesluit deel uitmaakt van een van de organen van de stichting, moet in beginsel als belanghebbende worden aangemerkt. Een niet tot deze kring behorende persoon kan slechts dan als belanghebbende in de zin van art. 429n lid 2 hoger beroep tegen een zodanige beschikking instellen wanneer de goedkeuring van het fusiebesluit zou

leiden tot een specifiek en concreet nadeel voor hem in zijn betrekkingen tot de stichting. In dit geding heeft Veldhof zich niet op een zodanig nadeel beroepen noch is daarvan op andere wijze gebleken. Het hof heeft dus terecht Veldhof niet als belanghebbende in de zin van art. 429n lid 2 Rv aangemerkt." Het cassatieberoep wordt derhalve verworpen.

Maeijer merkt in zijn noot onder dit arrest *NJ* 1992, 149 op dat de Hoge Raad bij zijn benadering van het begrip „belanghebbende" in deze procedure aansluit bij de kringenleer door de Hoge Raad ontwikkeld naar aanleiding van het begrip belanghebbende in art. 999 Rv. Men zie hiervoor HR 26 juni 1985, *NJ* 243, noot Maeijer, HR 26 juni 1985, *NJ* 1986, 307, noot Maeijer, HR 20 mei 1987, *NJ* 1987, 973, noot Maeijer, HR 23 december 1987, *NJ* 1988, 680 en HR 3 februari 1988, *NJ* 1989, 225, noot Maeijer alsmede de bespreking van deze arresten in *T.P.R.* 2-90, p. 793-799. Men lette er overigens op dat een belanghebbende in zin van art. 999 Rv nog niet altijd belanghebbende hoeft te zijn in de zin van art. 429 Rv. Dit moet immers voor ieder type verzoekschrift uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid.

20. Misbruik van voorwetenschap

HR 27 juni 1995, *NJ* 1995, 662, noot Schalken, strafzaak tegen J.A.J. Van den N.

J.A.J. Van den N. was aandeelhouder van HCS Technology NV. De financiële positie van HCS was slecht. In een vergadering waarin behalve leden van het bestuur en van de raad van commissarissen van HCS, ook drie grootaandeelhouders (onder wie Van den N.) en vertegenwoordigers van twee banken aanwezig waren, is besloten een reddingsplan voor HCS in gang te zetten. Dit reddingsplan hield onder meer in dat de vermogenspositie van HCS door middel van een aandelenemissie zou worden versterkt. De drie aanwezige grootaandeelhouders zouden in de aandelenemissie deelnemen. De emissie zou onderhands geschieden waarbij de beurskoers van de aandelen HCS op vrijdag 2 augustus 1991 (na sluiting van de beurs) bepalend zou zijn voor de prijs van de te emitteren aandelen. Het Openbaar Ministerie heeft Van den N. ten laste gelegd dat hij in het zicht van de aanstaande aandelenemissie aandelen HCS die hij reeds hield heeft verkocht. De implicatie was duidelijk: door vóór de emissie aandelen te verkopen zou de beurskoers van de aandelen HCS dalen, wat de prijs van de te emitteren aandelen zou drukken; omdat Van den N. in de aandelenemissie zou deelnemen zou hij van deze prijsdaling kunnen profiteren terwijl zeer wel mogelijk was dat de koers van de aandelen na de emissie zou stijgen door toenemende vraag bij het publiek als gevolg van gestegen vertrouwen omdat ook banken en grootaandeelhouders deelnamen. De rechtbank heeft Van den N. vrijgesproken, maar in hoger beroep heeft het hof Van den N. veroordeeld.

Ten tijde van de aan Van den N. verweten gedraging was misbruik van

voorwetenschap strafbaar gesteld in art. 336a Wetboek van Strafrecht (inmiddels is deze bepaling vrijwel ongewijzigd opgenomen in art. 31a Wet Toezicht Effectenverkeer). De delictsomschrijving in art. 336a(1) Sr. luidde: „Hij die, beschikkende over voorwetenschap, een transactie in Nederland in effecten die zijn genoteerd op een onder toezicht van het Rijk staande beurs, verricht of bewerkstelligt, wordt, indien uit de transactie enig voordeel kan ontstaan, gestraft met (...)". Lid 2 gaat over effecten die zijn genoteerd op een buiten Nederland gevestigde beurs. Lid 3 omschrijft het in art. 336a(1) zo belangrijke element voorwetenschap met gebruikmaking van het begrip bekendheid: „Voorwetenschap is bekendheid met een bijzonderheid omtrent de rechtspersoon of vennootschap waarop de effecten betrekking hebben of omtrent de handel in effecten: a. waarvan degene die de bijzonderheid kent, weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat zij niet openbaar is en dat zij niet zonder schending van een geheim buiten de kring van de geheimhoudingsplichtigen kan komen of is gekomen; en b. waarvan openbaarmaking, naar redelijkerwijs te verwachten is, invloed zal hebben op de koers van de effecten."

De HR heeft in zijn arrest over verschillende elementen van art. 336a Sr een uitspraak gedaan. Over de woorden „naar redelijkerwijs te verwachten is" in art. 336a(3) onder b overwoog de HR op basis van de wetsgeschiedenis dat het hier om een geobjectiveerd inzicht in de koersontwikkeling gaat in die zin dat moet komen vast te staan dat, naar objectieve maatstaven beoordeeld, mag worden verondersteld dat de openbaarmaking van het geheime feit („de geheime bijzonderheid" zoals bedoeld in art. 336a(3)) invloed zal hebben op de koersontwikkeling. Over dit geobjectiveerde inzicht overwoog de HR vervolgens, opnieuw op basis van de wetsgeschiedenis, als extra vereiste dat het daarbij gaat om inzicht dat ten tijde van de transactie moet bestaan „niet slechts in de omstandigheid dat de openbaarmaking van de geheime bijzonderheid invloed zou hebben op de koers van de effecten doch ook in de richting waarin de koers, bij openbaarmaking van de geheime bijzonderheid, zich zou gaan bewegen". Afsluitend overwoog de HR over dit punt: „Uit het voorgaande volgt dat voor strafbaarheid op grond van art. 336a (oud) Sr. is vereist dat ten tijde van het verrichten of bewerkstelligen van de in die bepaling bedoelde transactie naar objectieve maatstaven redelijkerwijs te verwachten is dat de bekendmaking van de bijzonderheid zal leiden tot een stijging van de koers onderscheidenlijk tot een daling daarvan."

Over de woorden „indien uit de transactie enig voordeel kan ontstaan" in art. 336a(1) overwoog de HR, ook dit keer met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis, dat tussen de transactie en het ontstaan van het voordeel een zodanig rechtstreeks verband moet bestaan dat het voordeel geacht kan worden uit de transactie voort te vloeien: „Hiervan is geen sprake indien het voordeel afhankelijk is van onzekere nieuwe ontwikkelingen die zich voordoen nadat de transactie is verricht of bewerkstelligd." Hierbij heeft het element „voordeel" een ruime betekenis: het is niet van belang of het voordeel aan de pleger van het delict of aan anderen ten goede komt of

kan komen. Het element is pas dan niet vervuld wanneer er geen sprake kan zijn van enig voordeel.

II. PERSONENVENNOOTSCHAPPEN

HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687, noot Stein en noot Maeijer, Patrick Power tegen Ardross Engineering CV en Levina Maria Monique Power

HR 8 juni 1990, *NJ* 1990, 607, de VOF Gebrs. T. en L.A. Kruithof tegen Lena Klazina Albertha Wittenberg

HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301, noot Maeijer, R.E. van den Broeke tegen C. van der Linden

HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 628, P.W. Fakkert tegen W.A. Fakkert

HR 19 oktober 1990, *NJ* 1991, 21, noot Maeijer, Egbert Koghee tegen Etem Akkoca en Cetin Akkoca

Naar Nederlands recht zijn er drie typen personenvennootschappen: de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. De regeling van de maatschap is opgenomen in de artt. 7A:1655 e.v. BW. De regeling van de VOF en de CV staat in het Wetboek van Koophandel. Art. 16 WvK omschrijft een VOF als „de maatschap, tot de uitoefening van een bedrijf onder eenen gemeenschappelijken naam aangegaan". Wanneer een CV meer beherende vennoten heeft, bestaat tussen de beherende vennoten tevens een VOF (art. 19(2) WvK). Op de VOF en de CV zijn de bepalingen over de maatschap ook van toepassing voor zover de eigen regeling in het Wetboek van Koophandel geen afwijkende bepalingen bevat. Een belangrijk verschil tussen enerzijds de maatschap en anderzijds de VOF en de CV ligt op het gebied van de vertegenwoordiging. Een maat van een maatschap is (behoudens bijvoorbeeld een aan hem verleende volmacht) niet bevoegd de andere maten te vertegenwoordigen, terwijl een vennoot van een VOF en een beherend vennoot van een CV op grond van art. 17 WvK wel bevoegd zijn de andere vennoten respectievelijk de andere beherende vennoten te vertegenwoordigen. Een verschil tussen de maatschap en de VOF dat uit de rechtspraak voortvloeit is dat een maatschap geen en een VOF wel een zogenoemd afgescheiden vermogen heeft. Het afgescheiden vermogen van een VOF bestaat uit de inbreng van de vennoten en uit hetgeen de VOF tijdens haar bestaan verwerft. Dit vermogen is afgescheiden van de privévermogens van de vennoten, en dient als exclusief verhaalsobject voor de schuldeisers van de VOF; de privé-schuldeisers van de vennoten kunnen er niet aan komen. Omdat bij een CV met meer beherende vennoten die vennoten onderling een VOF vormen, heeft ook zo'n CV een afgescheiden vermogen.

Over de processuele positie van een VOF en een CV bepaalt art. 5(1) onder 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat een dagvaarding, wanneer de eisende of verwerende persoon een VOF of CV is, de naam van die VOF of CV moet vermelden. Wanneer de VOF of CV gedaagde is, moet de dag-

vaarding op grond van art. 4 onder 4 Rv. worden betekend aan de persoon of de woonplaats van een van de beherende vennoten. Uit deze bepalingen blijkt dat een VOF of CV zelfstandig als eisende of verwerende procespartij kan optreden (zie voor de VOF: A.L. Mohr, Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap (1992), pagina 139). Een vonnis waarbij een VOF of CV wordt veroordeeld kan slechts op het afgescheiden vermogen ten uitvoer worden gelegd, en niet op de privé-vermogens van de vennoten (bij de CV: de beherende vennoten). Dit is begrijpelijk omdat de vennoten wellicht verweermiddelen kunnen inroepen tegen de eiser waarover de rechter zich in de tegen de VOF of CV gevoerde procedure niet heeft kunnen uitlaten. Wil de eiser méér verhaalsmogelijkheden hebben, dan moet hij ook de (beherende) vennoten zelf dagvaarden.

Tegen de achtergrond van het voorgaande gaat de eerste uitspraak over een CV met één beherend vennoot. De tweede uitspraak gaat over de vraag of voor het geven van een opdracht tot het voeren van een procedure de instemming van alle vennoten nodig is. De derde uitspraak betreft een vordering tussen vennoten onderling; de vierde uitspraak gaat over scheiding en deling van het vennootschapsvermogen. De vijfde uitspraak behandelt de vraag of de vennoten van een VOF geacht moeten worden een non-concurrentiebeding te zijn aangegaan, dus een beding dat hun verbiedt de VOF te beconcurreren.

De eerste uitspraak (Power tegen Ardross Engineering en Power). Patrick Power was in dienst van de commanditaire vennootschap Ardross Engineering CV. Nadat hem een bedrijfsongeval was overkomen stelde hij op grond van art. 7A:1638x BW een vordering in tegen de CV en tegen L.M.M. Power. L.M.M. Power was enig beherend vennote van de CV. De rechtbank verklaarde Power niet-ontvankelijk in zijn vordering tegen de CV, en wees de vordering van Power tegen L.M.M. Power af (dit laatste op grond van overwegingen over de omvang van de zorgplicht die op een werkgever rust). Hier is de niet-ontvankelijkverklaring van belang. De rechtbank baseerde dit oordeel op de omstandigheid dat een CV met één beherend vennoot geen afgescheiden vermogen heeft en de commanditaire vennootschap aldus extern in niets van de beherend vennoot is te onderscheiden, zodat in casu de CV dan ook niet naast L.M.M. Power in rechte kan worden betrokken. Het oordeel van de HR op dit punt is buitengewoon interessant. De relevante rechtsoverwegingen worden hier letterlijk weergegeven: „In het midden kan worden gelaten of de rechtbank terecht ervan is uitgegaan dat de wet aan een commanditaire vennootschap met slechts één beherende vennoot niet een van dat van deze vennoot afgescheiden vermogen toekent. Anders dan de rechtbank heeft aangenomen, volgt uit het ontbreken van zulk een afgescheiden vermogen immers niet zonder meer dat zodanige vennootschap, het bepaalde in art. 5 lid 1 onder 2 in verbinding met art. 4 sub 4 Rv ten spijt, niet naast de beherende vennoot in rechte kan worden betrokken. Het onderdeel voert terecht aan dat de eiser daarbij in verband met tenuitvoerlegging van een zijn vordering toewijzend vonnis belang kan hebben. In zoverre komt de

Hoge Raad, mede op grond van de daarop uitgeoefende kritiek, terug van HR 3 febr. 1956, *NJ* 1960, 120. Gegrondbevinding van dit onderdeel houdt in dat de rechtbank Powers beroep, voor zover gericht tegen de niet-ontvankelijk-verklaring door de kantonrechter gegrond, had moeten bevinden."

De annotator Maeijer wijst erop dat de HR ten onrechte verwijst naar het arrest van 3 februari 1956, *NJ* 1960, 120 (CV René H. Hardy's Verffabriek en Groothandel). In dat arrest was de kwestie waar het nu om gaat in het geheel niet aan de orde. Naar de mening van Maeijer komt de HR terug van, en had dus moeten verwijzen naar, HR 20 juni 1952, *NJ* 1953, 407. In dat arrest had de HR beslist dat als een CV met één beherend vennoot geen afgescheiden vermogen zou hebben (de HR liet dat in het midden) een eiser in zijn vordering tegen de CV niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard.

Ook in het nu besproken arrest beslist de HR niet dat een CV met één beherend vennoot een afgescheiden vermogen heeft. Welk belang is er voor een eiser om (naast de vordering tegen de enig beherend vennoot) een vordering in te stellen tegen de CV zelf wanneer die CV geen afgescheiden vermogen heeft? De HR wijst op een belang „in verband met tenuitvoerlegging van een (...) toewijzend vonnis". Te denken valt aan faillissement van de enig beherend vennoot. Een schuldeiser wiens vordering tegen de CV is toegewezen is zaakscrediteur, en geniet als zodanig in het faillissement van de enig beherend vennoot enige bescherming (zie hierover annotator Maeijer): zijn verhaalspositie is sterker dan de verhaalspositie van de privé-schuldeisers van de beherend vennoot.

De tweede uitspraak (Kruithof tegen Wittenberg). De vennootschap onder firma Gebr. T. en L.A. Kruithof had zes vennoten. T. Kruithof en twee van zijn zoons, en drie zoons van de overleden broer van T. Kruithof. Deze laatste drie vennoten hebben besloten tot het voeren van een procedure tegen L.K.A. Wittenberg. Mevrouw Wittenberg was getrouwd geweest met L. Kruithof (één van de zoons van T. Kruithof die ook vennoot was). Het huwelijk tussen L. Kruithof en Wittenberg is door echtscheiding ontbonden. In de procedure stelde de VOF dat L. Kruithof een bedrag aan de VOF schuldig was en dat dit bedrag in de huwelijksgemeenschap viel. Omdat de huwelijksgemeenschap nog niet volledig gescheiden en gedeeld was, meende de VOF het bedrag ook van Wittenberg te kunnen vorderen. De rechtbank verklaarde de VOF niet-ontvankelijk in haar vordering omdat (met toepassing van de regels over de maatschap) alle vennoten hadden moeten instemmen met het geven van de procesopdracht. Ook het hof kwam (op een andere grond) tot niet-ontvankelijkheid.

De HR overwoog dat (zolang een VOF niet is ontbonden) de vraag of zij bij het geven van een procesopdracht rechtsgeldig is vertegenwoordigd, niet aan de hand van de regeling in Boek 7A BW, maar aan dat de hand van art. 17 WvK moet worden beoordeeld. Art. 17 geeft aan elke vennoot, tenzij anders overeengekomen, de bevoegdheid om de VOF te vertegenwoordigen voor zover de handeling dienstig kan zijn tot de verwezenlijking van het doel van

de vennootschap. Omdat niet was gebleken dat de drie handelende vennoten niet vertegenwoordigingsbevoegd waren had het hof ten onrechte niet onderzocht of de onderhavige procedure dienstig kon zijn tot het verwezenlijken van het doel van de vennootschap.

Ingeval de VOF zou zijn ontbonden, was voor het geven van de procesopdracht wél eenstemmigheid van de vennoten vereist: dat is een uitvloeisel van art. 32 WvK dat bepaalt dat na ontbinding de vennoten samen als vereffenaars optreden.

De derde uitspraak. De verstoorde verhouding tussen de vennoten Van den Broeke en Van der Linden heeft voor de tweede maal geleid tot een interessant arrest van de Hoge Raad. In HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 206, noot Maeijer (besproken door A.R. Klijn in *T.P.R.* 2-90, p. 820-821) ging het om de door de Hoge Raad ontkennend beantwoorde vraag of de vennootschap onder firma (hierna VOF) ontbonden was.

Anno 1993 blijkt de gewraakte VOF nog steeds te bestaan en houdt de vraag of Van den Broeke het recht heeft om *op eigen naam en voor eigen rekening* een vordering wegens „overbedeling" jegens Van der Linde in te stellen wegens diens gebruik van goederen van de VOF, partijen verdeeld.

Het is nuttig de aan deze rechtsvragen ten grondslag liggende feiten nogmaals te schetsen. In 1935 zijn Van den Broeke en Van der Linden begonnen met de exploitatie van een jachthaven. Bij notariële akte zijn zij daartoe een VOF aangegaan. In deze akte hebben zij voor het geval dat de VOF niet door onderlinge overeenstemming zou eindigen een voortzettings- en overnemingsbeding opgenomen waardoor de ene vennoot het recht zou krijgen de vennootschap voort te zetten door middel van het uitkopen van de andere vennoot. Voorts bevat de akte een bepaling op grond waarvan voor het aanspannen van een procedure op naam van de VOF toestemming van beide vennoten vereist is.

De samenwerking verliep niet soepel en beide partijen verdeelden in jaren vijftig (vastgelegd bij notariële akte in 1962) een deel van het vennootschappelijk vermogen. Rond 1970 zijn partijen in onderhandeling over ontbinding van de vennootschap en scheiding en deling van het vennootschappelijk vermogen. In 1976 waren deze onderhandelingen bijna rond en sinds 1977 hebben zij beiden het onroerend goed dat aan ieder van hen zou worden toegedeeld, afzonderlijk geëxploiteerd. Van der Linde stelde zich op het standpunt dat de vennootschap op grond van onderlinge overeenstemming ontbonden was en vorderde scheiding en deling. Van de Broeke meende echter dat de vennootschap nog niet was ontbonden omdat partijen een overall-regeling nastreefden en hierover nog geen volledige overeenstemming was. Toen het Hof Van der Linde in het gelijk stelde in een arrest dat uitvoerbaar bij voorbaat was, sommeerde Van der Linde Van den Broeke om mee te werken aan de scheiding en deling. Vervolgens vernietigde de Hoge Raad in zijn arrest van 16 mei 1986 het arrest van het Hof en moest de scheiding en deling teruggedraaid worden.

Van den Broeke eist daarna op zijn beurt in rechte dat de exploitatie voortgezet moet worden en vordert bovendien schadevergoeding waaronder een bedrag wegens het ten onrechte executeren van het arrest van het Hof, waarbij scheiding en deling was bevolen. Daarnaast vordert hij een bedrag van *f* 60.000,- wegens „gebruiksoverbedeling". Deze vordering baseert Van den Broeke op zijn stelling dat Van der Linde in 1977 meer gekregen heeft dan waarop hij recht had. De waarde van de overbedeelde goederen schatte Van den Broeke op *f* 100.000,- Van den Broeke heeft 12 jaar gebruik kunnen maken van vennootschapsgoederen. Bij een exploitatieresultaat van 10% zou dit een bedrag van *f* 120.000,- betekenen, waarvan de helft zijnde *f* 60.000,- toekomt aan Van de Broeke.

Zowel de Rechtbank als het Hof wijzen de vordering tot hervatting van de exploitatie af. Het Hof meent dat dit gezien de diepgaand en duurzaam verstoorde verhouding tussen partijen niet in redelijkheid gevorderd kan worden. Het Hof suggereert als oplossing voor het probleem dat geen der partijen de vennootschap wil opzeggen „wegens de bezwarende werking van het in de vennootschapsakte voorkomende voortzettings- c.q. verblijvingsbeding" een gelijktijdige opzegging door partijen. Voor het geval een der partijen daartoe niet bereid mocht zijn, wijst het Hof er op dat „de normen van de goede trouw ook een rol kunnen spelen bij een eventueel beroep op de voortzettingsregeling en het overnemingsbeding". De vordering wegens het ten onrechte executeren van het arrest waarbij scheiding en deling was bevolen wordt deels toegewezen, de vordering wegens „gebruiksoverbedeling" wordt echter geheel afgewezen. Het Hof neemt het oordeel van de Rechtbank over dat deze vordering niet ontvankelijk is omdat bij gebreke van enige overeenkomst te dier zake tussen partijen, slechts aan de vennootschap als gerechtigde tot de aldus geëxploiteerde vermogensbestanddelen het recht toekomt te vorderen dat een gebruiksvergoeding wordt betaald.

Van den Broeke komt in cassatie op tegen het laatstgenoemde oordeel. In het cassatiemiddel voert deze aan dat weliswaar aan de vennootschap het recht toekomt om een gebruiksvergoeding voor de door Van der Linden geëxploiteerde vermogensbestanddelen te vorderen maar dat dit de mogelijkheid onverlet laat dat Van den Broeke een rechtstreekse vordering instelt tegen van der Linden. Deze vordering strekt er dan toe dat direct wordt verrekend hetgeen de andere vennoot aan de vennootschap verschuldigd is. De Hoge Raad stelt voorop dat in dit geding *niet* aan de orde is de vraag in welke gevallen een vennoot in rechte tegen een medevennoot kan optreden ten einde nakoming van diens verplichtingen tegenover de vennootschap af te dwingen. Aan de orde is slechts de vraag of een vennoot tegen een medevennoot een vordering in kan stellen die strekt tot rechtstreekse „verrekening". Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad dit onderscheid maakt. Het maakt nogal wat uit of een vennoot ten behoeve van de vennootschap een vordering instelt of dit ten eigen bate doet. Het eerste is toegestaan omdat elke vennoot op grond van art. 17 WvK ten aanzien van de VOF vertegenwoordigingsbevoegd is. Het tweede echter niet. De Hoge Raad overweegt: „De in een

vennootschap onder firma ingebrachte goederen vormen een gebonden gemeenschap; zij zijn bestemd om te worden aangewend tot het bereiken van het doel der vennootschap. Een vennoot kan tijdens de duur der vennootschap niet vrijelijk beschikken over zijn aandeel in die goederen en evenmin aanspraak maken op een uitkering ten laste van het vennootschapsvermogen voor zover een dergelijke aanspraak niet uit het vennootschapscontract of een in overeenstemming daarmee genomen besluit voortvloeit. Voorts vormen de goederen van de vennootschap een afgescheiden vermogen dat dient als verhaalsobject voor de schuldeisers van de vennootschap. Dit stelsel laat geen ruimte voor aanspraken op „verrekening" buiten de vennootschap om, zoals door de onderdelen bepleit." Het middel leidt derhalve niet tot cassatie en de vordering van Van den Broeke tot rechtstreekse verrekening wordt afgewezen. Dit is een heldere beslissing. Zolang de VOF bestaat heeft deze recht op de uit het gebruik van de vennootschapsgoederen voortvloeiende vorderingen. De VOF heeft — zoals reeds in HR 26 november 1897, W. 7047 (Boeschoten-Besier) is beslist — een afgescheiden vermogen. Op dit afgescheiden vermogen kunnen de zaakscrediteuren zich anders dan de privé-crediteuren van de vennoten en de vennoten verhalen. Hierbij past niet dat een vennoot, buiten dit afgescheiden vermogen om, zijn eigen pretense vordering gaat „verrekenen" met een vordering van de VOF op zijn medevennoot.

De vierde uitspraak. P.W. Fakkert (hierna P.W.F.) en W.A. Fakkert (hierna W.A.F.) gaan op 1 juni 1970 ter uitoefening van een automobiel- en garagebedrijf, autoplaatwerkerij en plaatspuiterij een vennootschap onder firma genaamd „Firma Gebroeders Fakkert" (hierna: VOF) aan. Er wordt wel een vennootschapsakte opgemaakt maar deze wordt niet ondertekend. In deze vennootschapsakte is een bepaling opgenomen dat 8% rente wordt vergoed over ieders kapitaalinbreng. In de loop der tijd ontstaan er aanzienlijke verschillen in de saldi van de beide kapitaalrekeningen als gevolg van onttrekkingen door P.W.F. voor de financiering van zijn privéwoning. Bij vonnis van de Rechtbank Alkmaar d.d. 22 december 1988 wordt de VOF ontbonden per 30 juni 1988 met veroordeling tot scheiding en deling van het vennootschapsvermogen. Bij de scheiding en deling is het spreekwoord dat men beter met zijn familie kan wandelen dan handelen weer eens van toepassing.

Er rijzen problemen over de vraag of er uitgegaan moet worden van een renteberekening over de kapitaalinbreng vanaf de oprichtingsdatum van de VOF. Deze vraag wordt voorgelegd aan de Rechtbank Alkmaar. P.W.F. stelt zich daarbij op het standpunt dat geen rente berekend mag worden omdat een dergelijke renteberekening niet uitdrukkelijk bedongen is. Bovendien meent hij dat W.A., door bij de winstverdeling over de afgelopen jaren niet te wijzen op de bedoelde renteberekening, geacht moet worden stilzwijgend akkoord te gaan met de medefinanciering van zijn privéwoning. W.A.F. bestrijdt dit en voert daarnaast aan dat het bij ondernemingen die in firmaverband worden gedreven, zeer gebruikelijk is bij de winstverdeling reke-

ning te houden met een rentevergoeding over het door elk der firmanten geïnvesteerde kapitaal.

De Rechtbank Alkmaar oordeelt als volgt: „In het verleden hebben partijen nimmer rente over het kapitaalsaldo berekend, waaruit de rechtbank afleidt dat dit niet tussen partijen — die hun rechtsverhouding niet schriftelijk hebben vastgelegd — zal zijn overeengekomen. Mitsdien is voor een dergelijke renteberekening bij scheiding en deling van het vennootschapsvermogen geen plaats."

Deze overweging lijkt in overeenstemming met de in HR 16 december 1988, *NJ* 1989, 433, noot Mendel, geformuleerde hoofdregel. In r.o. 3.3 van dit arrest werd bepaald dat er van moet worden uitgegaan „dat in het algemeen geen rente over ter beschikking staande bedragen verschuldigd is, tenzij dit is bedongen of voortvloeit uit de wet." In dezelfde overweging formuleert de Hoge Raad echter de uitzondering op deze regel: de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, verschuldigdheid van rente meebrengen.

In hoger beroep hanteert het Hof deze uitzondering. Uit de omstandigheden van het geval (dat het zeer gebruikelijk is dat bij ondernemingen die in firmaverband worden gedreven rente verschuldigd is, het bestaan van een niet ondertekende firma-akte met daarin een rentebeding, en belangrijke verschillen tussen de kapitaalrekeningen als gevolg van onttrekkingen voor de privéwoning van P.W.F.) concludeert het Hof dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in casu meebrengen dat wel een renteverrekening over ieders kapitaalinbreng dient plaats te vinden. De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het Hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting: „Weliswaar moet ervan worden uitgegaan dat in het algemeen geen rente over ter beschikking staande bedragen verschuldigd is, tenzij dit is bedongen of voortvloeit uit de wet, doch, zoals overwogen in HR 16 december 1988, *NJ* 1989, 433, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid afhankelijk van de omstandigheden van het geval, verschuldigdheid van rente meebrengen. Het oordeel van het Hof dat een zodanig geval zich hier voordoet, is verweven met waarderingen van feitelijke aard (...)" Vervolgens overweegt de Hoge Raad min of meer ten overvloede dat het middel te hoge eisen stelt aan de verschuldigdheid van rente op basis van redelijkheid en billijkheid. Met name de eis van „uitzonderlijke" of „zwaarwegende" omstandigheden, onderscheidenlijk „misbruik van bevoegdheid" of „onduldbaarheid" vinden geen steun in het recht. Wel is volgens de Hoge Raad „het oordeel van de rechter dat zodanige rente is overeengekomen, ingrijpend van aard en is zulks van belang bij de beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid dat oordeel kunnen dragen en welke eisen aan de motivering behoren te worden gesteld, doch het Hof heeft zulks blijkens zijn hiervoor weergegeven overwegingen niet miskend."

In de vijfde zaak (Koghee tegen Akkoca) had tussen E. Koghee, E. Akkoca en C. Akkoca van 1 maart 1986 tot 1 mei 1986 een vennootschap onder firma bestaan. E. Koghee aan de ene kant, en E. en C. Akkoca aan de andere kant

hebben van elkaar schadevergoeding gevorderd. De vordering van Koghee tegen E. en C. Akkoca was erop gebaseerd dat de laatsten de VOF hadden beconcurreerd door buiten het verband van de samenwerkingsovereenkomst soortgelijke activiteiten te ontplooien, en aldus wanprestatie hadden gepleegd. Het hof wees deze vordering af. De HR vernietigde het arrest van het hof. Naar het oordeel van de HR moet er in de regel van worden uitgegaan dat degenen die een VOF aangaan die VOF geen concurrentie mogen aandoen. Dergelijke concurrentie is in strijd met de verplichting van een vennoot om zich in te zetten voor het doel van de vennootschap en is in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid die een vennoot tegenover de andere vennoten in acht moet nemen.

HOOFDSTUK II

WAARDEPAPIEREN EN TUSSENPERSONEN

I. WAARDEPAPIEREN

Wisselrecht

HR 30 oktober 1992, *NJ* 1993, 117, Vandervoodt BV tegen NV Indosuez Bank België

HR 8 september 1995, *RvdW* 1995, 168, *NJ* 1996, 253, noot Mendel, Mustafa Salama tegen International Factors „De Factorij" BV (afgekort IFN)

In Nederland worden betrekkelijk weinig uitspraken gedaan op het gebied van het waardepapierenrecht. In dit overzicht verdienen twee uitspraken aandacht waarvan de eerste gaat over art. 6 Wisselverdrag Genève 1930 betreffende zekere Wetsconflicten (Wisselwetsconflictenverdrag), hierna sub a, en de tweede de positie van de acceptant betreft (hierna sub b).

a. Art. 6 Wisselwetsconflictenverdrag

In de eerste hiervoor genoemde uitspraak had een Belgische schuldeiser (NV Creastyle) een wissel getrokken op een Nederlandse schuldenaar (Vandervoodt). De wissel werd in pand gegeven aan de Indosuez Bank. Vandervoodt had de wissel niet geaccepteerd en Creastyle ging failliet.

De vraag rees vervolgens of de Bank recht op het fonds had dat de betrokkene (Vandervoodt) in handen had. Volgens Nederlands recht niet (art. 146a WvK), volgens Belgisch recht echter (art. 83 en 84 Belgische wet van 31 december 1955) heeft de houder van een niet geaccepteerde wissel een rechtstreekse vordering op de betrokkene tot betaling ten belope van het fonds.

Een en ander deed een volgende vraag rijzen namelijk of op deze situatie Nederlands of Belgisch recht van toepassing was. In dit verband is van belang dat art. 6 Wisselwetsconflictenverdrag het volgende bepaalt: „De

vraag, of de houder van een wisselbrief de schuldvordering verkrijgt, welke aanleiding heeft gegeven tot het uitgeven van den titel, wordt bepaald door de wet van de plaats van uitgifte van den titel".

Het hof meende dat de in het hier geciteerde artikel 6 bedoelde vraag in de art. 83 en 84 van de Belgische wet van 31 december 1955 (zoals het hof die interpreteerde) beantwoording vond, met andere woorden de Belgische regeling viel binnen de verwijzingscategorie van art. 6. Het kwam dan ook tot de conclusie dat op deze casus Belgisch recht van toepassing was.

In cassatie kon de Hoge Raad zich met dit oordeel verenigen: hij overwoog onder meer dat het hof geen blijk had gegeven van een onjuiste opvatting van het genoemde verdragsartikel.

b. Positie van de acceptant

Salama (koper van amandelen) was acceptant van een viertal wissels die door de Belgische vennootschap Ambro (verkoper) op hem getrokken waren. Tussen Ambro en de Belgische vennootschap IFB bestond een factoringsovereenkomst. In eerste instantie had IFB de vordering van Ambro op Salama overgenomen doch die aankoop later geannuleerd en bericht dat de wissels teruggestuurd zouden worden. Dit laatste is echter niet gebeurd in verband met de bevoorschotting door IFB van twijfelachtige vorderingen van Ambro op andere crediteuren.

Op instructie van IFB was de Nederlandse vennootschap IFN nemer van de wissels. Tussen IFB en IFN bestond een samenwerkingsverband dat onder meer inhield dat IFN vorderingen van IFB op debiteuren in Nederland ten behoeve van IFB zou innen.

Acceptant Salama (aan wie de gekochte amandelen nimmer waren geleverd) weigerde te betalen toen IFN betaling van de wissels vroeg, omdat IFN niet (meer) als materieel wisselcrediteur beschouwd kon worden.

Het hof verwierp deze redenering, omdat wat er ook tussen Ambro en IFB mocht zijn voorgevallen IFN (als nemer van de wissels) daar buiten stond en dat aan IFN in haar wisselverhouding niet kon worden toegerekend. In cassatie werd echter het arrest van het hof vernietigd. De Hoge Raad stelde voorop dat Salama zich tegen IFN als nemer van de wissels erop kon beroepen dat de wisselschuld niet of niet meer bestond. Had de handelwijze van IFB tot gevolg kunnen hebben dat de wisselschuld was tenietgegaan? De Hoge Raad ging uitvoerig in op de verhouding tussen IFB en IFN en constateerde onder meer dat IFB de materiële zeggenschap over de wissels behield. Er bestond aldus de Hoge Raad een zodanige band tussen IFB en IFN dat ook al behoorde IFB niet tot het wisselpersoneel haar handelwijze ten gevolge kon hebben gehad dat de uit de wissels voortvloeiende schuld van Salama aan IFN was tenietgegaan. Daaraan deed, aldus de Hoge Raad, niet af dat IFN formeel als wisselcrediteur was gelegitimeerd, nu de verkeersfunctie van de wissels en hun verhandelbaarheid in deze geen rol speelden, daar IFN nemer en geen opvolgende houder van de wissels was.

Op deze laatste motivering oefent annotator Mendel kritiek uit, omdat zijns inziens *elke* formele legitimate ten behoeve van een (beweerde) crediteur uit een waardepapier op de gedachte berust dat, in het belang van een vlot verlopend handelsverkeer, de (regelmatige) houder van dat waardepapier voorshands als rechthebbende wordt beschouwd. Zie ook S.J.A. Mulder, Hoofdzaken waardepapieren en tussenpersonen (1995) p. 26 e.v.

II. TUSSENPERSONEN

1. Handelsagent

HR 6 december 1991, *NJ* 1992, 176, Rosa Ronstedt GmbH tegen S.T. Fashions BV

HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 668, Van Wezenbeek e.a. tegen Het Financieele Dagblad BV

In de eerste hier genoemde procedure ging het om de beëindiging van de agentuurovereenkomst tussen partijen. De handelsagent S.T. Fashions (S.T.F.) maakte aanspraak op een vergoeding als bedoeld in art. 74 o (oud) WvK, thans art. 7:442 BW. Deze bepaling regelt de, onder bepaalde voorwaarden, aan de handelsagent bij het einde van de agentuurovereenkomst toekomende klantenvergoeding, ook wel goodwillvergoeding genoemd. De gedachte achter deze regeling is dat de handelsagent dient te profiteren van de meerwaarde die door zijn activiteiten aan de onderneming van de principaal verschaft is.

In casu had de rechtbank geoordeeld dat aan STF wel een vergoeding toekwam doch dat deze diende te worden gematigd op grond van het feit dat STF de door hem opgebouwde klantenkring zou hebben „meegenomen". Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals gezegd ging de procedure over art. 74 o WvK (oud), doch ons inziens geldt hetzelfde voor de nieuwe tekst van dit artikel: bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding moet immers, zo blijkt uit die tekst, op alle omstandigheden gelet worden.

De tweede hiervoor genoemde procedure ging over art. 74n WvK (oud), thans art. 7:441 BW. Deze bepaling regelt welke vergoeding betaald moet worden bij (onder meer) onregelmatige beëindiging van de agentuurovereenkomst. In casu eiste partij Van Weezenbeek c.s. een zeer hoog bedrag wegens de onregelmatige beëindiging van de agentuurovereenkomst door principaal Het Financieele Dagblad (HFD). Deze overeenkomst bevatte onder meer een continuatierecht dat onder andere inhield dat de agent te allen tijde, ook na beëindiging van de overeenkomst, het recht had de voor zijn provisie-rekening geboekte en door zijn bemiddeling verkregen advertentie-opdrachten te continueren tegen dezelfde voorwaarden, mits de bedoelde advertentie-contracten zonder onderbreking aansluitend werden verlengd.

Lid 1 van art. 74n WvK (en 7:441 BW) bepaalt dat voor de vaststelling van de te vergoeden som rekening wordt gehouden met de in de voorafgaande tijd verdiende provisie en met alle andere terzake in acht te nemen factoren. In dit verband had de rechtbank bij het bepalen van de te vergoeden som rekening gehouden met het (toekomstige) feit dat advertentiecontracten zouden aflopen respectievelijk niet verlengd zouden worden, hetgeen te verwachten zou zijn geweest bij het voortzetten van de agentuurovereenkomst. Dit nu was volgens Van Weezenbeek c.s. onjuist omdat alleen rekening zou mogen worden gehouden met het verleden (de in de voorafgaande tijd verdiende provisie). De Hoge Raad meende dat het oordeel van de rechtbank juist was en in overeenstemming met de tekst van art. 74n.

Een tweede punt dat zich hier voordeed was dat Van Weezenbeek c.s. zich op het standpunt stelden dat bij de vaststelling van de schadeloosstelling rekening moest worden gehouden met een omzetverlies dat veroorzaakt werd door een aantal door HFD doorgevoerde beleidswijzigingen. De rechtbank meende dat hier slechts plaats voor zou zijn indien het beleid ontijdig of onzorgvuldig ten opzichte van Van Weezenbeek c.s. zou zijn gewijzigd, hetgeen volgens de Hoge Raad geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

Tenslotte nog een ander aspect van deze procedure. De rechtbank had geoordeeld dat onder de woorden van de wet („alle andere terzake in acht te nemen factoren") ook begrepen kunnen worden de onkosten die de handelsagent zich door het niet verrichten van de werkzaamheden bespaart. Ook dit achtte de Hoge Raad juist.

2. Commissionair

HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 227, noot Ras, Beck tegen BV Effectenkantoor E. van Wijngaarden & Co.

De huidige Nederlandse wet kent geen aparte regeling meer voor de commissionair zoals dat vroeger in het Wetboek van Koophandel het geval was. De commissionair valt thans onder de bepalingen van boek 7 titel 7 BW: Opdracht. Art. 7:401 bepaalt in dit verband dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen.

In het onderhavige geval had Van Wijngaarden effecten gekocht in opdracht en voor rekening van Beck waardoor echter de kredietlimiet van Beck bij de Kasassociatie werd overschreden. Beck betaalde de aangekochte effecten niet.

Het hof had geoordeeld dat Van Wijngaarden niet in strijd met de haar als commissionair in effecten betamende zorgvuldigheid had gehandeld door de kooporders zonder waarschuwing uit te voeren, ook al was haar bekend dat Beck's kredietlimiet bij de Kasassociatie was bereikt. Het hof ging er daarbij van uit dat degene die een commissionair een aankoopopdracht geeft zelf er voor dient te zorgen dat hij de aangekochte effecten kan betalen. Verder had

Beck zich nog doen bijstaan door een deskundig vermogensbeheerder (Bottinga). Van Wijngaarden mocht, aldus het hof, ervan uitgaan dat Beck zich op de hoogte hield van de uit het krediet te putten middelen en de door Kasassociatie gehanteerde limieten. Bovendien achtte het hof het bereiken van de kredietlimiet i.c. niet beslissend voor het al dan niet uitvoeren van de kooporder omdat niet was uitgesloten dat Beck bijvoorbeeld door verkooporders toch over voldoende middelen zou kunnen beschikken om de aangekochte effecten te betalen.

De Hoge Raad kwam, dunkt ons, terecht tot de conclusie dat het hof door op grond van het een en ander tot zijn hier weergegeven oordeel te komen geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

HOOFDSTUK III

VERZEKERING

I. INDEMNITEITSBEGINSEL

Volgens art. 246 WvK, dat van dwingend recht is, is assurantie of verzekering een overeenkomst waarbij de verzekeraar zich tegenover de verzekerde, tegen genot van een premie, verbindt om hem schadeloos te stellen wegens een verlies, schade of gemis van verwacht voordeel, die de verzekerde door een onzeker voorval zou kunnen lijden.

Uit deze bepaling blijkt de op de schadeverzekeringsovereenkomst gegronde verbintenis van de verzekeraar tot schadeloosstelling en dat is precies het principe dat indemniteitsbeginsel wordt genoemd. De verzekeraar behoeft dus slechts schadeloos te stellen. Niet meer en niet minder. De ratio van dit beginsel is, dat het niet aantrekkelijk moet worden voor een verzekerde om een uitkering uit de verzekeringsovereenkomst te ontvangen. Zodra een verzekerde op grond van een verzekeringsovereenkomst meer dan schadeloos wordt gesteld is er sprake van strijd met het indemniteitsbeginsel.

De Hoge Raad heeft destijds een onderscheid gemaakt tussen de strekking van de overeenkomst (die moet inhouden schadevergoeding en niet het brengen van een verzekerde in een duidelijk voordeliger positie) en de uitvoering (dit houdt in dat een verzekerde door een uitkering niet in een duidelijk voordeliger positie mag geraken) van een schadeverzekeringsovereenkomst.

Met de introductie van het criterium „*duidelijk* voordeliger positie" van de verzekerde werd door de Hoge Raad de eerste stap gezet richting nuancering en doorbreking van het indemniteitsbeginsel. Deze doorbreking heeft zich in de loop der tijd via uitholling van het criterium „duidelijk voordeliger positie" van de verzekerde (zie de onder I beschreven arresten) en via de vaststellingsovereenkomst (zie de onder II beschreven arresten) voortgezet.

Zie hierover ook: „Het indemniteitsbeginsel uitgehold?", door Mr A.H. Buijze, *VA* 1995, nr. 1, p. 13-19.

1. De uitholling van het criterium „duidelijk voordeliger positie van de verzekerde"

HR 15 november 1991, *NJ* 1992, 473, noot Mendel, Interkes BV tegen Nieuw Rotterdam Schade NV

HR 10 december 1993, *NJ* 1994, 686, noot Mendel, A.C. Fraser en Co. Anno 1736 Assuradeuren tegen Agrarische Handelsonderneming Bruinisse BV

HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 399, noot Mendel, Allianz Nederland BV tegen Ronvast BV

Is de keuzeclausule overdraagbaar?

De eerste zaak. Interkes (eiseres in cassatie) heeft bij overeenkomst van 31 juli 1985 van de Katholieke Universiteit Nijmegen (KUN) onroerend goed (grond en opstallen) gekocht aan de Burg. Van Schaeck Mathonsingel 4 te Nijmegen genaamd „Stella Maris" voor *f* 635.000. Economische en juridische levering zouden naderhand plaatsvinden. Tot die tijd zou het risico van de opstallen bij de verkoper blijven.

KUN had het onroerend goed onder meer tegen brand verzekerd. Het aanvankelijk verzekerde bedrag van *f* 3.607.000 heeft KUN op 19 september 1985 verhoogd naar *f* 8.020.000! (Opgemerkt zij dat uit de casus niet blijkt op grond waarvan de verkoopwaarde zoveel afwijkt van de verzekerde som).

In de verzekeringsovereenkomst was naast de gebruikelijke clausules een zgn. keuzeclausule opgenomen, waarbij de *verzekerde* de vrijheid heeft in geval van schade te kiezen om de schaderegeling te doen plaatsvinden op basis van herbouw of niet herbouwen. De beslissing omtrent deze keuze dient aan verzekeraars kenbaar te worden gemaakt binnen een jaar na de schadedatum. Het gaat bij een keuzeclausule derhalve om een persoonlijk en in beginsel onoverdraagbaar recht van de verzekerde.

Twee weken na de verhoging van de verzekerde som, op 2 oktober 1985 (de KUN had toen noch economisch noch juridisch aan Interkes geleverd) brandt het onroerend goed grotendeels af. De schade wordt op basis van de herbouwwaarde vastgesteld op *f* 5.797.334 en de opruimingskosten worden vastgesteld op *f* 115.430.

Op 20 respectievelijk 26 februari 1986 vonden alsnog de economische en juridische levering van de opstallen door de KUN aan Interkes plaats. Op 3 november 1986 heeft de KUN zijn vordering op de assuradeuren verkocht en gecedeerd aan Interkes.

De KUN heeft wel geopteerd voor de herbouwwaarde, maar is niet tot herbouw overgegaan. Verzekeraars stelden zich op het standpunt dat het verzekerd belang van de KUN de verkoopwaarde en *niet* de herbouwwaarde was. Daarom keerden zij aan de KUN *f* 220.000 uit (zijnde het verkoopbedrag

van *f* 635.000 verminderd met de waarde van de onderliggende grond ad *f* 415.000). De KUN heeft geen aanspraak op de opruimingskosten gemaakt en die werden haar dan ook niet vergoed.

In rechte heeft Interkes, getreden in de rechten van de KUN, met een beroep op de keuzeclausule (waarin eveneens was vastgesteld dat bij daadwerkelijke herbouw 50% van de naar herbouw berekende schadevergoeding onmiddellijk zou plaatsvinden en de andere 50% erna zou worden uitbetaald) van verzekeraars uitbetaling van de helft van de naar herbouwwaarde berekende schadevergoeding alsmede de opruimingskosten onder aftrek van het reeds uitbetaalde bedrag van *f* 220.000 gevorderd.

De rechtbank heeft de vordering van Interkes met een beroep op de keuzeclausule toegewezen.

In appel ging het om twee rechtsvragen. Ten eerste of assuradeuren verplicht waren schadevergoeding op basis van herbouw te betalen en daarnaast of zij een vergoeding voor de opruimingskosten moesten betalen.

Wat betreft de eerste vraag oordeelde het Hof:

„... zijn assuradeuren alleen dan tot vergoeding van herbouwkosten gehouden wanneer de verzekerde zelf (de KUN, AB) tot herbouw overgaat; in art. 6.2.1. (van de keuzeclausule, AB) is aan verzekerde zelf, niet aan derden de vrijheid gegeven om te kiezen tussen schaderegeling op basis van herbouw dan wel niet herbouwen..."

Dit achtte het Hof ook in overeenstemming met de ratio van de keuzeclausule nu de eigendom door de KUN aan Interkes was overgedragen op een moment dat KUN nog niet tot herbouw was overgegaan, waardoor het recht van de KUN op vergoeding op basis van herbouwwaarde op het moment van de overdracht is vervallen. Volgens het Hof zijn assuradeuren niet gehouden na de eigendomsoverdracht en na de cessie aan KUN of aan Interkes opnieuw de eerder omschreven keuzevrijheid te geven.

Wat betreft de opruimingskosten oordeelde het Hof dat assuradeuren deze niet behoeven te vergoeden, omdat KUN op het moment van overdracht van het onroerend goed aan Interkes nog niet tot opruiming was overgegaan; op dat moment verviel het eventuele recht op vergoeding van de (niet gemaakte) opruimingskosten.

In cassatie kwamen de hiervoor weergegeven rechtsvragen opnieuw aan de orde en ging het wederom om uitleg van de keuzeclausule. De Hoge Raad bevestigt het aan het Nederlandse schadeverzekeringsrecht ten grondslag liggende indemniteitsbeginsel en herhaalt dat de verzekeringsovereenkomst niet de strekking mag hebben dat de verzekerde in een duidelijk voordeliger positie geraakt. De Hoge Raad bevestigt zijn eerdere jurisprudentie uit het Landgoed Kraaijbeek-arrest (waar het overigens in tegenstelling tot onderhavige casus om de verkoop van een pand na de brand ging) dat het indemniteitsbeginsel zich er niet tegen verzet dat een opstal wordt verzekerd tegen brandschade naar herbouw zonder verplichting tot herbouw. De Hoge

Raad acht de middelen van Interkes gegrond en betrekt in zijn motivering drie factoren:

– het door assuradeuren verzekerde belang omvat mede het dragen van het risico voor het behoud van de verzekerde zaak of de aansprakelijkheid daarvoor omdat volgens de koopovereenkomst en ook volgens polisvoorwaarden het risico van het door KUN aan Interkes verkochte onroerend goed tot het moment van juridische levering bij KUN bleef;

– de omstandigheid dat in de polisvoorwaarden geen uitdrukkelijk beding was opgenomen dat voor een vergoeding naar herbouwwaarde het verzekerde *zelf* is die moet herbouwen;

– uitgaande van het feit dat een verzekering op basis van herbouwwaarde zonder herbouwplicht geldig is, valt niet in te zien dat het indemniteitsbeginsel zich onder alle omstandigheden zou verzetten tegen een verzekering die voorziet in vergoeding naar herbouwwaarde aan de verzekerde in de situatie dat de koper van het verzekerde object het pand heeft gekocht vóór het evenement en het na het evenement daadwerkelijk herbouwt en de verzekerde verplicht is de koper tot het beloop van de door assuradeuren verschuldigde schadevergoeding schadeloos te stellen.

De Hoge Raad acht het oordeel van het Hof dat indien verzekerde kiest voor schadevergoeding op basis van herbouw assuradeuren alleen dan tot vergoeding van herbouwkosten zijn gehouden indien *verzekerde zelf* daadwerkelijk tot herbouw overgaat, onjuist.

Ten slotte overweegt de Hoge Raad dat vergoeding door assuradeuren op basis van herbouwwaarde uit te keren wegens aansprakelijkheid van hun verzekerde KUN jegens Interkes voor het behoud van het onroerend goed in strijd zou komen met het indemniteitsbeginsel indien Interkes door een uitkering daarvan in een duidelijk voordeliger positie zou geraken.

De Hoge Raad vernietigt dan ook het arrest van het Hof en verwijst de zaak naar een ander Hof waarbij bovengenoemde rechtsvragen met inachtneming van hetgeen de Hoge Raad heeft gesteld opnieuw zullen moeten worden behandeld.

Opgemerkt wordt dat de Hoge Raad hier het indemniteitsbeginsel uitbreidt naar Interkes, die als derde de schade heeft geleden en die afhankelijk was van de overeenkomst tussen KUN en haar assuradeuren. Interkes had derhalve belang bij die overeenkomst tussen KUN en haar assuradeuren en daar kwam de problematiek van de overdraagbaarheid van de rechten uit de keuzeclausule om de hoek kijken. Immers het Hof had juist gewezen op de ratio van deze clausule, namelijk dat verzekeraars alleen dan tot vergoeding van herbouwkosten gehouden zijn indien de verzekerde *zelf* tot herbouw overgaat. De Hoge Raad echter liet hier een overwegende rol meespelen dat de verzekerde KUN naast zijn eigenaarsbelang ook een soort van aansprakelijkheidsbelang ten aanzien van Interkes had verzekerd waarmee de keuzeclausule extensief werd geïnterpreteerd.

Uit dit arrest blijkt dat ook al is een gebouw vóór de brand aan een derde

verkocht maar nog niet geleverd en verzekeraars doen een uitkering op basis van de herbouwwaarde aan die derde (rechtsopvolger onder bijzondere titel), dit geen strijd met het indemniteitsbeginsel hoeft te betekenen, ook al lag de verkoopprijs ver beneden de verzekerde som van het pand. Vergelijk voor deze kwestie ook de noot van Mendel, *NJ* 1992, 473, p. 1916.

Geldt het criterium van de „duidelijk voordeliger positie van de verzekerde" ook bij een brandverzekering van *roerende* zaken? Daarover ging de tweede zaak (*Fraser-Bruinisse*)

Bij roerende zaken (denk bijvoorbeeld aan een inboedel) vindt doorgaans in beginsel een uitkering naar nieuwwaarde plaats indien de dagwaarde van de verzekerde zaken 40% of meer van nieuwwaarde bedraagt. In casu moest de Hoge Raad oordelen of een uitkering op basis van een verzekering naar nieuwwaarde van inventariszaken, strijd oplevert met het indemniteitsbeginsel indien de dagwaarde van de verzekerde zaken *minder* dan 40% van de nieuwwaarde bedroeg ten tijde van het evenement.

Bruinisse heeft bij Fraser een aantal machines en inventaris verzekerd met een totale verzekerde som van *f* 1.922.128, getaxeerd door partijen ex art. 274 WvK (volgens welk artikel de verzekeraar kan opkomen in geval van bovenmatigheid van deze taxatie). De polis bevatte de volgende — bijgetypte — clausule.

„Voortaxatie

Ingeval van schade wordt de waarde van het verzekerde onmiddellijk voor het evenement met wederzijds goedvinden aangenomen als te zijn vastgesteld en getaxeerd op de verzekerde som en ondergetekenden kennen aan deze vaststelling de kracht toe van een voortaxatie door partijen als bedoeld in art. 274 WvK. Ondergetekenden doen afstand van het recht hun in het eerste lid van genoemd artikel verleend, om nadere rechtvaardiging van de uitgedrukte waarde te vorderen."

In artikel 2 van de toepasselijke algemene voorwaarden was bepaald dat van dekking op basis van nieuwwaarde onder meer was uitgesloten inventaris waarvan de dagwaarde minder bedraagt dan 40% van de nieuwwaarde. Op 9 augustus 1988 zijn de verzekerde zaken beschadigd, waartegen de verzekering dekking bood. De experts hebben in hun akte van schadetaxatie de schade op twee wijzen begroot. Eenmaal aan de hand van de clausule, op *f* 1.707.607 en eenmaal aan de hand van art. 2, op *f* 1.017.600. Fraser heeft dit laatste bedrag aan Bruinisse betaald zich onder meer beroepende op de bovenmatigheid van de partijentaxatie. Bruinisse wilde betaling van de nieuwwaarde en vorderde het verschil. De Hoge Raad stelde Bruinisse in het gelijk en oordeelde:

„dat niet kan worden gezegd dat de enkele omstandigheid dat de veronderstelde vermogenswaarde („dagwaarde") van de verzekerde zaken, ook al gaat het daarbij om machines en bedrijfsinventaris, voor het evenement 40% van de nieuwwaarde of minder bedroeg tot de gevolgtrekking noopt dat een uitkering op basis van nieuwwaarde in strijd is met het indemniteitsbeginsel.

Ook wanneer de „dagwaarde" van de verzekerde zaken voor het evenement 40% van de kosten van vervanging nadien of minder bedroeg, is immers goed mogelijk dat de schadelijke gevolgen van het evenement voor de verzekerde slechts kunnen worden weggenomen door een uitkering op basis van de nieuwwaarde. Dit zal zich met name voordoen in geval de functie welke de machines en bedrijfsinventaris voor de verzekerde hebben, meebrengt dat zij bij tenietgaan of beschadiging noodzakelijkerwijs moeten worden vervangen, ook al overtreffen de kosten daarvan hun „dagwaarde" zeer aanzienlijk, terwijl de economische betekenis welke de vervangende zaken voor de verzekerde hebben, niet beduidend verschilt van die welke de oude voor hem hebben".

Ook is hier van belang dat Fraser in cassatie klaagde over het feit, dat het hof aan de bijzondere clausule in de polis prioriteit had gegeven ten opzichte van het algemene art. 2. Volgens Fraser had het hof de bepalingen cumulatief moeten uitleggen, zodanig dat beide clausules tezamen betrokken hadden moeten worden bij de uitlegging van de verzekeringsovereenkomst. Deze stelling werd evenmin gehonoreerd door de Hoge Raad. Hij overwoog hieromtrent:

„Het hof zag zich (...) voor de taak gesteld verschillende bepalingen die de overeenkomst beheersen uit te leggen. Het hof heeft daarbij klaarblijkelijk vooral van belang geacht hoe Bruinisse de clausule mocht begrijpen, waarbij het doorslaggevend gewicht heeft toegekend aan de — door Fraser gekozen — formulering van de op de polis speciaal bijgetypte-clausule en met name heeft laten gelden dat daarin op generlei wijze tot uitdrukking komt dat zij slechts bedoeld is als aanvulling op een bepaling die niet voorkomt in de polis zelf, maar die deel uitmaakt van voormelde voorwaarden die een algemeen karakter hebben. Geen rechtsregel dwong het hof ertoe de clausule, niettegenstaande deze door het hof in aanmerking genomen aanwijzingen voor een andere uitleg, zo te verstaan dat zij slechts als een aanvulling op die voorwaarden heeft te gelden".

De Hoge Raad verwerpt het beroep van Fraser.

Merk op dat in dit arrest de door partijen in onderling overleg gemaakte afspraak voorrang kreeg. Dit aspect komt in latere rechtspraak van de Hoge Raad terug bijvoorbeeld in het hierna te bespreken arrest Allianz-Ronvast.

De conclusie luidt dan ook dat bij roerende zaken onder de gegeven omstandigheden geen strijd wordt aangenomen met het indemniteitsbeginsel, indien uitkering plaatsvindt naar nieuwwaarde terwijl de dagwaarde minder dan 40% bedraagt van de nieuwwaarde.

Mendel wijst er in zijn noot op dat in dit arrest, waarin het gaat over een nieuwwaarde-verzekering van roerende zaken, de lijn van de terughoudende toepassing van het indemniteitsbeginsel wordt doorgetrokken. Verder heeft Mendel geen bezwaar tegen de overweging van de Hoge Raad dat de economische betekenis van de vervangende zaken voor de verzekerde niet beduidend verschilt van die welke de oude voor hem hadden. Dit schuilt in de

relatief geringe mogelijkheden tot verkoop van gebruikte machines en bedrijfsinventaris waardoor de economische betekenis ervan vrijwel geheel opgaat in het gebruikersbelang, hetgeen bij gebouwd onroerend goed anders ligt.

Is een verandering van de functie van een gebouw van invloed op het indemniteitsbeginsel? Daarop had de derde zaak betrekking (*Allianz-Ronvast*).

Ronvast BV — voorheen M.J. Witteveen's Modemagazijnen BV — was eigenares van een pand in Amsterdam aan de Tourniairestraat. Het pand was gebouwd op grond die door de gemeente Amsterdam in voortdurende erfpacht was uitgegeven. Op grond van de toepasselijke algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht bestond een plicht tot herbouw bij tenietgaan van het gebouw. Het was bij een aantal verzekeraars, waaronder Allianz BV, verzekerd naar herbouwwaarde zonder verplichting tot herbouw. Toen het gebouw op 1 oktober 1987 als gevolg van een brand teniet ging, stond het reeds een half jaar te koop. Het door Ronvast herbouwde pand heeft een andere functie gekregen dan vóór de brand, namelijk verhuurd beleggingspand. Verzekeraars hebben de verkoopwaarde uitgekeerd. Verzekerde claimde de herbouwwaarde.

In cassatie kwamen twee rechtsvragen aan de orde.

Ten eerste betoogden verzekeraars dat de waarde van het pand gedaald was als gevolg van de veranderde functie (aanvankelijk modemagazijn, later verhuurd beleggingspand). Ronvast zou door een verzekering naar herbouwwaarde in een duidelijk voordeliger positie geraken, hetgeen in strijd is met het indemniteitsbeginsel. De Hoge Raad deelde deze visie van de verzekeraar niet omdat hij met het Hof van mening was dat Ronvast volgens de erfpachtvoorwaarden verplicht was tot herbouw, waardoor zij door een uitkering naar herbouwwaarde niet in een duidelijk voordeliger positie is geraakt.

Daarnaast betoogde Allianz in cassatie dat bij een bedrijfspand na tenietgaan slechts de verkoopwaarde uitgekeerd behoefde te worden, indien de verzekerde voor het evenement reeds had besloten het pand te verkopen en derhalve voornemens was het gebruik waartoe hij het had bestemd te beëindigen, ongeacht de feitelijke herbouw van het pand, omdat er nadien een andere bestemming aan is toegekend.

Ook deze visie verwierp de Hoge Raad en overwoog:

„... is daarbij, tenzij anders is overeengekomen, niet van belang of het gebouw na te zijn herbouwd een zelfde functie in de bedrijfsvoering van de verzekerde herkrijgt als die welke het had vóór het plaatsvinden van de gebeurtenis waardoor het is beschadigd of verloren gegaan".

Verder overwoog de Hoge Raad dat:

„de verzekeringsvoorwaarden niet inhielden dat de verzekering naar herbouwwaarde in zoverre was beperkt dat alleen indien het pand na herbouw eenzelfde functie zou krijgen in de bedrijfsvoering van Ronvast, aanspraak

op vergoeding naar herbouwwaarde zou bestaan. Bij gebreke van zodanig beding kan verzekering naar herbouwwaarde dus ook dekking bieden in geval van herbouw tot een gebouw met een andere bestemming'.

De Hoge Raad verwerpt het beroep van Allianz.

In zijn noot wijst Mendel erop dat niet is gezegd dat de Hoge Raad indien het om andere dan bedrijfsgebouwen gaat anders zou oordelen dan bij bedrijfsgebouwen. Zijns inziens heeft de Hoge Raad ten aanzien van andere dan bedrijfsgebouwen — die net als deze na herbouw hun oorspronkelijke functie niet herkrijgen — de handen willen vrijhouden.

2. De vaststellingsovereenkomst

HR 5 april 1991, *NJ* 1992, 244, noot Van Schilfgaarde, De onderlinge Zeeuwse Waarborgmaatschappij UA tegen A.M.P.L. Mangnus

HR 14 februari 1992, *NJ* 1992, 245, noot Van Schilfgaarde, Aegon Schadeverzekering NV c.s. tegen CSF Beheer BV

HR 19 juni 1992, *NJ* 1992, 691, De v.o.f. A.C. Fraser en Co. tegen Peha Vastgoed BV

HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 243, M. van Marle BV tegen Wereldhave NV

Art. 7:900 BW e.v. (voorheen art. 7.15.1) luidt als volgt.

„Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de bestaande rechtstoestand mocht afwijken".

Ingevolge art. 7:902 BW is een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig indien zij in strijd is met dwingend recht.

Een deskundigenvoortaxatie ex art. 275 WvK is een species van de vaststellingsovereenkomst. Uit de bepaling zelf volgt de uiterst beperkte aantastbaarheid, nl. ingeval van bedrog. Bij een voortaxatie door deskundigen wordt de waarde van het verzekerde voorwerp van te voren vastgesteld, enerzijds om de hoogte van de verzekerde som te bepalen en anderzijds om bij een schadeveroorzakende gebeurtenis de hoogte ervan aan de hand van de tevoren getaxeerde waarde vast te stellen. De mogelijkheid tot inbreuk op het indemniteitsbeginsel via de deskundigenvoortaxatie is gelegen in het feit, dat deze taxatie de basis vormt voor de schadebepaling na een evenement. Indien deze taxatie naderhand te hoog blijkt te zijn, kan de verzekeraar zich niet met een beroep op het indemniteitsbeginsel onthouden van het doen van een hogere uitkering dan de werkelijk geleden schade.

In de eerste zaak, het *Mangnus-arrest*, kwam de akte van schadetaxatie ter sprake. De Zeeuwse boer Mangnus heeft een brandverzekering gesloten voor zijn landbouwbedrijf. Na een brand heeft Mangnus in het kader van de

schadeafwikkeling aan zijn verzekeraar medegedeeld, dat hij onder de landbouwregeling viel, op grond waarvan hij geen recht had op aftrek van voorbelasting ad *f* 95.452. Experts hebben de schade in een akte van schadetaxatie zonder enig voorbehoud vastgesteld op *f* 767.480 inclusief *f* 95.452 BTW. Na uitkering door de verzekeraar opteert Mangnus voor het ondernemerschap, op grond waarvan hij alsnog het BTW bedrag met de fiscus kon verrekenen. Verzekeraar vorderde het uitbetaalde BTW-bedrag terug.

De Hoge Raad overwoog:

„Uit het indemniteitsbeginsel vloeit voort dat de verzekerde geen vergoeding zal ontvangen waardoor hij in een duidelijk voordeliger positie zal geraken. Zulks brengt evenwel niet mee dat een verzekerde tot terugbetaling is gehouden wanneer hij, nadat de schadevergoeding bij overeenkomst is vastgesteld, door het ontvangen van een voordeel in een duidelijk voordeliger positie komt te verkeren (...). Dat zou niet stroken met de aard van de vaststellingsovereenkomst, die partijen bindt ook voor zover zij afwijkt van de rechtstoestand die zonder deze overeenkomst tussen hen zou hebben bestaan.'

De Hoge Raad verwerpt het beroep van de verzekeraar.

Dit arrest leert het volgende. Ten eerste had vóór dit arrest een akte van schadetaxatie een minder vergaande werking. Dat wil zeggen dat verzekeraars zich, zonder nader voorbehoud in de polis, het recht voorbehielden een lagere uitkering te doen indien zij van mening waren dat de verzekerde door een uitkering in een duidelijk voordeliger positie kwam te verkeren. De Hoge Raad heeft hier een einde aan gemaakt door aan de akte van schadetaxatie een bijzondere status te geven door deze gelijk te stellen met een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een geschil.

Daarnaast houdt de Hoge Raad vast aan het indemniteitsbeginsel en neemt wederom als uitgangspunt het criterium van een duidelijk voordeliger positie van de verzekerde. Toetsing aan het criterium is echter in casu niet mogelijk omdat er sprake is van een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een geschil. De Hoge Raad noemt wel een ontsnappingsmogelijkheid voor verzekeraars: het maken van een voorbehoud in de akte van schadetaxatie.

Annotator Van Schilfgaarde is van mening dat de Hoge Raad door zijn uitspraak impliciet te kennen geeft dat het indemniteitsbeginsel, hoe gewichtig ook, niet van openbare orde is en dat doorbreking daarvan niet zonder meer in strijd is met de goede zeden. Immers een vaststelling kan dwingend recht doorbreken, maar een vaststelling in strijd met de goede zeden is ongeldig.

De tweede zaak (*Aegon-CSF*) ging over de deskundigenvoortaxatie ex art. 275 WvK en de schaderegelingsclausule.

CSF Beheer had een gebouw naar herbouwwaarde verzekerd voor *f* 1.080.000 op basis van een art. 275 WvK-taxatie.

In de polis was een schaderegelingsclausule opgenomen, op grond waarvan als uitsluitend bewijs van de grootte van de schade zou gelden een taxatie

opgemaakt door twee schatters. Dit is een bewijsovereenkomst die een uitsluiting van tegenbewijs inhoudt en ingevolge art. 7:900 lid 3 BW staat een dergelijke bewijsovereenkomst gelijk aan een vaststellingsovereenkomst. Op 8 december 1983 ging het pand als gevolg van een brand nagenoeg teniet en werd de schade aan de hand van de vastgestelde waarde door experts begroot op *f* 958.000. Kort voor de brand had CSF echter plannen opgevat het gebouw te verkopen. Verzekeraars weigerden het, op basis van de ingevolge art. 275 WvK vooraf getaxeerde waarde van het gebouw, vastgestelde schadebedrag van *f* 958.000 te vergoeden. Zij stelden dat niet de herbouw- maar de beleggingswaarde (*f* 600.000) van het pand de juiste was, op grond waarvan een te hoge schade begroot was. Een uitkering naar herbouwwaarde zou CSF in een duidelijk voordeliger positie brengen hetgeen in strijd is met het indemniteitsbeginsel. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de schaderegelingsclausule het volgende:

„Vaststelling van de schade die is geschied ingevolge de in de polis opgenomen schadevergoedingsclausule strekt naar haar aard ertoe onzekerheid of geschil omtrent de hoegrootheid van de door de verzekeraar te vergoeden schade te beëindigen. Daarmede is niet verenigbaar dat de vaststelling als ongeldig zou dienen te worden beschouwd wanneer uitkering van het vastgestelde bedrag in strijd met het indemniteitsbeginsel zou komen doordat zij de verzekerde in een duidelijk voordeliger positie zou doen geraken.

De vaststelling bindt partijen immers ook voor zover zij leidt tot een rechtstoestand die afwijkt van die welke tussen hen zou bestaan indien zij omtrent de schadevaststelling geen regeling zouden hebben getroffen".

Met andere woorden, de Hoge Raad stelt hier een schaderegelingsclausule zoals i.c. gelijk aan een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een onzekerheid of geschil, reden waarom een dergelijk beding het dwingendrechtelijke indemniteitsbeginsel opzij kan schuiven. Annotator Van Schilfgaarde wijst erop dat men kan twijfelen aan de juistheid van deze stelling, omdat het beding ook haar functie vervult ingeval partijen een onzekerheid of geschil beogen te voorkomen.

Verder had de verzekeraar zich naderhand ook beroepen op een onjuiste waarderingsgrondslag van de deskundigentaxatie ex art. 275 WvK. De Hoge Raad ging ook hier niet in mee en overwoog:

„De taxatie bedoeld in art. 275 verschilt daarin van de in art. 274 (partijentaxatie, AB) bedoelde dat in geval van eerstgenoemde de verzekeraar daartegen niet kan opkomen dan in geval van bedrog, dus niet zoals in art. 274, in geval van beweerde bovenmatigheid van de waardering door deskundigen. Daarbij is onverschillig of die bovenmatigheid al dan niet samenhangt met de hantering van een andere waarderingsgrondslag dan die welke bij een voortaxatie vlak voor het ontstaan zou zijn gevolgd. Met deze regeling strookt niet aan te nemen dat tegen een taxatie als bedoeld in art. 275 in bepaalde gevallen van bovenmatigheid toch zou kunnen worden opgekomen, nl. wanneer deze

ertoe zou leiden dat de verzekerde door een met inachtneming daarvan vastgestelde uitkering in een duidelijk voordeliger positie zou komen".

Hiermee bevestigt de Hoge Raad het nagenoeg onaantastbaar karakter van de deskundigenvoortaxatie ex art. 275 WvK.

Overigens vernietigt de Hoge Raad het arrest van het Hof Amsterdam en verwijst de zaak naar een ander Hof omdat de Hoge Raad de vaststelling van de wettelijke rente door het Hof Amsterdam onbegrijpelijk vond.

De derde zaak, *Fraser-Peha*, betrof cumulatie van belangen.

Peha heeft op 1 januari 1985 naast een brandverzekering een „ongedekte belangenverzekering" gesloten voor opstallen aan de Havenstraat 51 te Monster bij vier verzekeraars, waaronder Fraser. Deze verzekering strekt ertoe een gefixeerde suppletie (ongedekt belang) op vergoeding van de schade door brandassuradeuren te geven, in casu 20% Kennelijk leggen partijen aan een dergelijke verzekering ten grondslag dat de normaal te sluiten verzekeringen niet alle schade dekken en wordt bij wijze van vaststellingsovereenkomst een vergoeding voor deze niet gedekte schade afgesproken.

Peha heeft de opstallen verhuurd aan een derde die er met toestemming van Peha bouwkundige voorzieningen in heeft aangebracht.

Op 3 april 1985 raken de opstallen beschadigd als gevolg van een brand. De huurder heeft zijn huurdersbelang bij deze aangebrachte voorzieningen verzekerd en op grond van die verzekering werd aan huurder een uitkering gedaan. Van de gehele schade is een akte van schadetaxatie opgemaakt. Daarin was ook een schadebedrag van *f* 299.270 opgenomen ten behoeve van de schade aan de door de huurder aangebrachte voorzieningen. De verzekeraar van Peha, Nationale Nederlanden, heeft op grond van de brandverzekering de gehele schade, inclusief de schade m.b.t. de door de huurder aangebrachte bouwkundige voorzieningen, aan Peha uitbetaald (merk op dat het schadebedrag voor de bouwkundige voorzieningen aldus door beide verzekeraars werd uitbetaald; eenmaal aan de huurder op grond van zijn huurdersbelang en eenmaal aan de verhuurder op grond van zijn eigenaarsbelang). Tot zover bestond tussen partijen geen verschil van mening.

Het geschil tussen partijen ontstond over de reikwijdte van de ongedekte belangenverzekering. Fraser heeft als leader voor 25% in deze verzekering deelgenomen en heeft dienovereenkomstig 25% van 20% van de getaxeerde schade betaalbaar gesteld, behoudens ten aanzien van het in die getaxeerde schade begrepen bedrag van *f* 299.270. Met andere woorden, Fraser erkende niet, dat de ongedekte belangenverzekering ook van toepassing zou zijn op de door de huurder aangebrachte bouwkundige voorzieningen, omdat de schade ervan niet bij Peha maar bij de huurder zou zijn gevallen. Peha stelde daartegenover dat de bouwkundige voorzieningen door natrekking haar eigendom waren geworden en vorderde uitkering op grond van een eigenaarsbelang. De Hoge Raad stelde Peha in het gelijk en oordeelde:

„Dat de huurder terzake van deze voorzieningen uit hoofde van een eigen

verzekering vergoeding heeft ontvangen, doet aan dit belang niet af, nu niet is gesteld en het middel dan ook niet aanvoert dat de huurder deze uitkering heeft gebruikt om de beschadigde voorzieningen te herstellen of Peha te dier zake schadeloos te stellen. In het licht van dit een en ander is 's hofs oordeel alleszins begrijpelijk en behoefde het ook geen nadere motivering."

Verder voerde Fraser aan dat Peha al een vergoeding van het huurdersbelang had ontvangen welk belang dan ook niet meer „ongedekt" in de zin van de gesloten „ongedekte belangenverzekering" zou zijn omdat een en ander strijd met het indemniteitsbeginsel oplevert. De Hoge Raad ging ook met deze visie van verzekeraar niet mee en oordeelde:

„(...) dat de aard van de onderhavige verzekering meebrengt dat het enkele feit dat de brandverzekeraars de schade aan de voormelde voorzieningen hebben vergoed, onvoldoende is voor een beroep op het indemniteitsbeginsel, nu de „ongedekte belangenverzekering" er juist toe strekt een gefixeerde aanvulling op de vergoeding van de schade door de brandassuradeuren te geven."

Met andere woorden het indemniteitsbeginsel staat er niet aan in de weg dat (een deel van de) schade op grond van verschillende belangen meer dan één keer wordt uitgekeerd.

De Hoge Raad verwerpt het beroep van Fraser.

De vierde zaak, *Van Marle-Wereldhave*, ging over cumulatie van belangen en de deskundigenvoortaxatie ex art. 275 WvK.

De problematiek in dit arrest is bijna gelijk aan die in het vorige arrest. Wereldhave was eigenaar van de „Makrohal" in Nuth. Makro was huurder van de betreffende hal. Wereldhave had een uitgebreide opstalverzekering met betrekking tot de opstal op basis van een art. 275 WvK-taxatie gesloten bij o.a. Van Marle voor de totale som van *f* 16.700.000. In de taxatie waren begrepen de door de huurder aangebrachte voorzieningen die als bestanddeel van de opstal aan Wereldhave toebehoorden. Makro had deze voorzieningen — op grond van de huurovereenkomst — eveneens verzekerd. Op 10 januari 1987 ging het gebouw door brand teniet. De voorzieningen zijn na de herbouw wederom door Makro aangebracht nadat zij op grond van haar eigen schadeverzekeringsovereenkomst was schadeloosgesteld. Verzekeraars hebben aan Wereldhave bovengenoemd bedrag verminderd met de voorzieningen uitbetaald, omdat zij stelden dat de verhuurder met betrekking tot de voorzieningen geen enkele schade had geleden. Rechtbank en hof wijzen de vordering van verhuurder tot betaling van de voorzieningen toe. In cassatie stelde Van Marle dat Wereldhave terzake van de voorzieningen — het huurdersbelang — geen schade had geleden. Weliswaar behoorden deze voorzieningen ten bedrage van *f* 4.700.000 als bestanddeel van de opstal toe aan Wereldhave, maar Makro was op grond van de huurovereenkomst gehouden de voorzieningen te verzekeren. Wereldhave was niet gehouden die voorzieningen opnieuw aan te brengen en aangenomen moet worden dat de voorzieningen bij herbouw opnieuw zijn aangebracht op kosten van

Makro en ook dit keer door natrekking eigendom zijn geworden van Wereldhave. Deze heeft in zoverre dus geen schade geleden, zodat zij door de uitkering overeenkomstig de akte van taxatie in een duidelijk voordeliger positie zou geraken hetgeen strijd oplevert met het indemniteitsbeginsel. Ook dit argument vormde geen reden voor de Hoge Raad de deskundigentaxatie ex art. 275 K aan te tasten.

Huurders- of eigenaarsbelang, duidelijk is dat de Hoge Raad elke toetsing van een art. 275 K-taxatie — ongeacht het belang — aan het indemniteitsbeginsel afwijst:

„... strekt een dergelijke taxatie — die mede bepalend is voor de hoogte van de premie — niet slechts tot bepaling van de waarde van het verzekerde voorwerp, maar beoogt zij naar haar aard tevens elke andere discussie uit te sluiten over de vraag of de verzekerde na (algeheel) tenietgaan van het verzekerde, recht heeft op uitkering van het verzekerde bedrag, met name ook voorzover deze discussie haar grond zou vinden in de vraag of en in hoeverre de verzekerde op enig in dit verband mogelijkerwijs relevant tijdstip belang bij het verzekerde had".

De Hoge Raad verwerpt het beroep van Van Marle.

Verschil met het arrest hiervoor is derhalve dat Makro zijn uitkering wel heeft besteed aan het herstel van de beschadigde voorzieningen. Het belang van de verhuurder bij vergoeding van de schade ten aanzien van de voorzieningen wordt hierdoor des te minder. Wederom een krachtige illustratie van de uitzondering die de art. 275 WvK-taxatie vormt op het indemniteitsbeginsel.

II. ONZEKER VOORVAL

HR 26 november 1993, *NJ* 1994, 126 (Cox Construction Ltd. tegen Nieuw Rotterdam Schade NV)

In verzekeringszaken moet de schadeoorzaak een onzeker voorval zijn (art. 246 WvK). Dit is een van de essentialia van de schadeverzekeringsovereenkomst. Maar wat is een onzeker voorval? Tast men de uiterste grenzen af van onzekere voorvallen waartegen nog kan worden verzekerd, dan is het antwoord: een bij het sluiten der verzekering niet als zeker te verwachten gebeurtenis (zie art. 7:17.1 Ontwerp BW). In de regel, in normale gevallen, is het antwoord op de vraag echter: een naar de normale loop der gebeurtenissen niet te verwachten gebeurtenis.

In bovengenoemd geval had Cox drie trucks in december 1987 per schip naar Canada doen vervoeren. De koelvloeistof van de motoren van de trucks bevatte geen antivries. De motoren werden door bevriezing beschadigd. Nieuw Rotterdam, de transportverzekeraar van Cox, weigerde schadevergoeding. Haar argumentatie was dat de verzekering geen dekking bood tegen het verzuim antivries toe te voegen en dat bevriezing van de koelvloeistof geen onzeker voorval in de zin van art. 246 WvK was. Het hof te 's-Gravenhage

oordeelde evenzo en overwoog o.a. dat een dergelijke vorst in die periode (december) in dat gebied (Canada) als een normale gebeurtenis te verwachten is. De Hoge Raad meende dat het hof aldus niet blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad overwoog ook nog dat het op zichzelf mogelijk was geweest dat Cox zich had verzekerd tegen vorst die *hij* niet had voorzien, die met andere woorden subjectief onzeker was, maar dat daarvan volgens het hof in het onderhavige geval geen sprake was.

III. VERZWIJGING

Inleiding

Eerst een overzicht van de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan wil een verzekering ingevolge artikel 251 WvK vernietigbaar zijn. (Voor 1 januari 1992 werd de term nietig in plaats van vernietigbaar in de wet gebruikt. Maar aan deze term nietig werd reeds de betekenis vernietigbaar toegekend. Zie P.L. Wery, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Kluwer, Deventer, 1995, pag. 49.)

1) Er moet sprake zijn van verkeerde of onwaarachtige opgave of verzwijging van aan de verzekerde bekende omstandigheden op grond waarvan de verzekeraar een onjuiste voorstelling van zaken krijgt.
2) De verkeerde of onwaarachtige opgave of verzwijging moet zo ernstig zijn dat de verzekeraar (als redelijk handelend verzekeraar, HR 19 mei 1978, *NJ* 1978, 607) de overeenkomst niet of onder andere voorwaarden zou hebben gesloten indien hij van de ware stand van zaken op de hoogte zou zijn geweest. Dit vereiste wordt ook wel het relevantie-vereiste genoemd.
3) Wanneer het gaat om omstandigheden waarnaar de verzekeraar niet heeft gevraagd, geldt dat de verzekerde moet hebben geweten of hebben behoren te begrijpen dat de verzekeraar de overeenkomst bij kennis van de ware stand van zaken niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Dit vereiste wordt ook wel het kenbaarheidsvereiste genoemd.
4) Het moet niet aan de verzekeraar te wijten zijn dat hij de ware stand van zaken niet voor ogen heeft gehad. Dit vereiste wordt ook wel het verschoonbaarheidsvereiste genoemd (zie onder anderen P.L. Wery, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Kluwer, Deventer, 1995, pag. 59 t/m 60).
5) Naar het strafrechtelijk verleden van de verzekerde moet de verzekeraar — behoudens een uitzondering — expliciet hebben gevraagd wil hij zich op verkeerde of onwaarachtige opgave of verzwijging kunnen beroepen (HR 18 december 1981, NJ 1982, 570). Hetzelfde lijkt te gelden voor wat betreft het strafrechtelijk verleden van een (mede)verzekerde derde. Zie J.H. Wansink/A.S.J. van Garderen-Groeneveld, Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993, pag. 58.

Hierna zal een aantal arresten van de HR worden behandeld die boven-

staande voorwaarden bevestigen en/of een antwoord geven op vragen die van belang zijn voor een beroep op artikel 251 WvK.

1. Verkeerde of onwaarachtige opgave, verzwijging

HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 550, M. tegen De onderlinge waarborgmaatschappij De Ambtenaren Centrale Onderlinge Ziektekostenverzekering U.A.

De vraag kan gesteld worden of voor een succesvol beroep op verkeerde opgave door verzekeraar vereist is dat verzekeringnemer opzettelijk een verkeerde opgave als bedoeld in artikel 251 WvK heeft gedaan. Uit onderstaand arrest blijkt dat de hier bedoelde opzet niet vereist is.

Tussen eiser tot cassatie (hierna M) en verweerster in cassatie (hierna de Ambtenarencentrale) is met ingang van 1 december 1985 een ziektekostenverzekering gesloten. Achtereenvolgens heeft zich het volgende voorgedaan. Op 6 december 1985 heeft M een vragenformulier ondertekend. Op 9 en 11 december 1985 is M bij zijn huisarts geweest. Door hem is M op 11 december 1985 doorverwezen naar het Academisch Medisch Centrum te Amsterdam. Op 11 december 1985 is M wegens ernstige hartklachten in het Academisch Medisch Centrum te Amsterdam opgenomen.

M vordert vergoeding van onder andere de door hem gemaakte ziektekosten door de Ambtenarencentrale op grond van bovenbedoelde verzekeringsovereenkomst. De Ambtenarencentrale acht zich niet tot enige uitkering gehouden. M zou bovengenoemd vragenformulier niet naar waarheid hebben ingevuld. Het Hof heeft M toegelaten te bewijzen „dat hij op 6 december 1985 in een zodanige gezondheidstoestand verkeerde, dat er voor hem naar redelijkheid geen grond bestond het (...) vragenformulier anders in te vullen dan hij heeft gedaan"; tevens gelastte het Hof een comparitie van partijen. Tegen dit arrest van het Hof is door M beroep in cassatie ingesteld.

In het cassatiemiddel wordt onder andere aangevoerd dat het beroep van de Ambtenarencentrale op artikel 251 WvK alleen behoort te worden gehonoreerd indien de verzekerde een valse voorstelling van zaken heeft gegeven om de verzekering te krijgen.

De Hoge Raad overweegt: „De klacht berust klaarblijkelijk op de opvatting dat in gevallen waarin een verkeerde opgave is gedaan, een beroep op art. 251 slechts kan slagen indien de verzekerde opzettelijk een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven. Deze opvatting kan niet als juist worden aanvaard".

2. Tijdstip waarop sprake moet zijn van verkeerde opgave, onwaarachtige opgave of verzwijging

HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 270, noot Mendel, A.M.B. tegen NV Amersfoortse Algemene Verzekering Maatschappij

Artikel 251 WvK speelt in beginsel alleen een rol indien er sprake is van

verkeerde of onwaarachtige opgave of verzwijging *bij het aangaan* van de betreffende verzekeringsovereenkomst.

Tussen eiser tot cassatie (hierna B) en verweerster in cassatie (hierna de Amersfoortse) bestaat met ingang van 10 februari 1988 een verzekering waarbij een personenauto Ford Granada van B., op de polisvoorwaarden motorrijtuigverzekering (model 18 september 1987) van de Amersfoortse is verzekerd. De verzekering geeft dekking tegen het risico van wettelijke aansprakelijkheid. Met ingang van 15 augustus 1988 is de verzekering van de Ford Granada op grond van de polisvoorwaarden beëindigd en is tevens met ingang van 15 augustus 1988 tussen partijen op de polisvoorwaarden personenautoverzekering (model 19 juni 1988) van de Amersfoortse een verzekering tot stand gekomen met betrekking tot een personenauto, merk Renault, van B. Welke verzekering dekking geeft tegen het risico van wettelijke aansprakelijkheid alsmede een beperkte cascodekking. Het polisnummer en de oorspronkelijke ingangsdatum bleven ongewijzigd.

Bij het aangaan van de overeenkomst van 10 februari 1988 met betrekking tot de Ford Granada is op het door B. ondertekende aanvraagformulier — op grond waarvan deze verzekering was gesloten — de vraag: „Bent U en/of de regelmatige bestuurder wel eens met de strafrechter in aanraking geweest?" in strijd met de waarheid met „neen" beantwoord.

Op 16 april 1989 is de verzekerde Renault door brand verwoest. B vordert uitkering, van de door hem tengevolge van de brand geleden casco-schade, door de Amersfoortse. De Amersfoortse beroept zich echter op 251 WvK daar B bij zijn aanvraag van de verzekering met betrekking tot de Ford Granada, bovengenoemde vraag in het aanvraagformulier in strijd met de waarheid ontkennend had beantwoord.

De rechtbank heeft het verweer van de Amersfoortse verworpen. Volgens de rechtbank was de verzekering van de Renault aan te merken als een nieuwe verzekering, in welk geval van B. niet kon worden verwacht dat hij ongevraagd aan de Amersfoortse inlichtingen over zijn strafrechtelijk verleden zou verschaffen.

Het Hof heeft het beroep van de Amersfoortse op 251 WvK echter wel gehonoreerd en de vordering van B. afgewezen. Het Hof oordeelde: dat de verzekering van de Renault, welke verzekering weliswaar een nieuwe verzekering is, door dezelfde nietigheid wordt getroffen als de verzekering van de Ford Granada, nu de verzekering met betrekking tot de Renault de strekking had voort te bouwen op de nietige verzekering van de Ford Granada.

In cassatie gaat het om de vraag of artikel 6:229 BW ook betrekking heeft op een overeenkomst als de onderhavige verzekering met betrekking tot de Renault. Deze overeenkomst had volgens de Hoge Raad de strekking de inhoud van de reeds tussen partijen bestaande verzekeringsovereenkomst te wijzigen. Artikel 6:229 BW luidt: „Een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, is

vernietigbaar, indien deze rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van degene die zich op dit ontbreken beroept, behoort te blijven." (Weliswaar diende tijdens de onderhavige procedure het voor 1 januari 1992 geldende recht toegepast te worden — hetgeen door het Hof ook was gedaan -, maar volgens de Hoge Raad behelst „art. 6:229 — afgezien van de daarbij gestelde sanctie te weten vernietigbaarheid in plaats van nietigheid — een weergave van het voordien geldende recht.")

Volgens de Hoge Raad die in dit verband verwijst naar de wetsgeschiedenis, ziet artikel 6:229 BW — in het cassatiemiddel was een te beperkte uitleg aan 6:229 BW gegeven — ook op overeenkomsten die een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding beogen te „wijzigen, op te heffen, aan te vullen, nader vast te stellen of uit te voeren". De Hoge Raad overweegt vervolgens: „een overeenkomst als de onderhavige, die ertoe strekt de inhoud van de reeds tussen partijen bestaande verzekeringsovereenkomst in enige opzichten te wijzigen, valt niet buiten deze omschrijving". Aldus sanctioneert de Hoge Raad bovenbeschreven oordeel van het Hof.

Wel had de Hoge Raad alvorens tot het hierboven beschreven oordeel over te gaan vooropgesteld: „De aard van de motorrijtuigenverzekering, d.w.z. de verzekering die de wettelijke aansprakelijkheid met betrekking tot een motorrijtuig dekt, al dan niet gecombineerd met enigerlei casco- en/of andere dekking, brengt mee dat het motorrijtuig waarvoor de verzekering is gesloten, van tijd tot tijd door een ander motorrijtuig wordt vervangen, welke vervanging soms gepaard gaat met een wijziging in de dekking, bijv. in dier voege dat een enkele WA-dekking wordt omgezet in een zgn. uitgebreide WA-dekking dan wel wordt aangevuld met een (al dan niet beperkte) cascodekking, of andersom.

Een zodanige vervanging brengt in het algemeen — behoudens in geval van andersluidende polisvoorwaarden of van bijzondere omstandigheden — niet mee dat de verzekering eindigt en een nieuwe verzekering aanvangt (...).

Aan het voorgaande staat het bepaalde in de art. 12 en 13 WAM niet in de weg; deze artikelen gaan wèl ervan uit dat in geval van vervanging van het motorrijtuig waarvoor de verzekering is gesloten, de verzekering met betrekking tot dat motorrijtuig eindigt, maar niet dat aan de verzekeringsovereenkomst zelf een einde komt."

In het onderhavige geval stond echter in cassatie vast dat er wel sprake was van een nieuwe verzekeringsovereenkomst. Ware dit niet het geval geweest dan zou artikel 251 WvK zonder de omweg van 6:229 BW op de verzekering met betrekking tot de Renault van toepassing zijn geweest (zie ook Mendel in zijn noot onder het onderhavige arrest).

Het bovenstaande arrest is ook onder VII.3 (vervanging van het motorrijtuig, opvolgende verzekering?) besproken.

3. Kenbaarheidsvereiste

HR 29 april 1994, *NJ* 1994, 735, noot Clausing, H. tegen Westland/Utrecht Verzekeringen BV

In de onderhavige procedure wordt het in 1962 door de Hoge Raad gestelde kenbaarheidsvereiste herhaald.

Eiser tot cassatie (hierna H.) die met ingang van 9 februari 1977 45-55% arbeidsongeschikt was in de zin van de AAW (Algemene Arbeidsongeschiktheidswet) heeft op 31 juli 1980 bij verweerster in cassatie (hierna WUV) een verzekering afgesloten ingevolge welke verzekering hij in beginsel recht heeft op een uitkering wegens blijvende algehele arbeidsongeschiktheid. H. die sedert 28 juli 1987 blijvend arbeidsongeschikt is heeft WUV om een uitkering gevraagd op basis van bovenvermelde verzekering. WUV verweert zich echter tegen de vordering met een beroep op art. 2 van de op de verzekeringsovereenkomst van toepassing zijnde Algemene Voorwaarden. Voorzover hier van belang houdt dit artikel in dat verkeerde of onwaarachtige opgave of verzwijging de verzekering nietig maakt.

Zowel de Rechtbank als het Hof hebben de vordering van H. afgewezen. Bij het aanvragen van bovenbedoelde verzekering heeft H. de vraag „Bent U volledig tot werken in staat?" met „Ja" beantwoord. Volgens de Rechtbank heeft H. door de vraag zonder meer met „Ja" te beantwoorden een verkeerde opgave gedaan. H. was met ingang van 9 februari 1977 45-55% arbeidsongeschikt in de zin van de AAW.

Volgens het Hof had H. „nu hij zich bewust was van de reeds te zijnen behoeve bestaande AAW-uitkering, — ook al werd deze betaalbaar gesteld aan zijn werkgever, bij wie hij van 1967 tot 1987 in volledige dienst is geweest en van wie hij een volledig salaris ontving, en zelfs indien rekening gehouden wordt met zijn — naar hij zelf heeft gesteld — geringe opleidingsniveau — moeten begrijpen dat bij het aanvragen van een arbeidsongeschiktheidsverzekering een reeds bestaande arbeidsongeschiktheidsuitkering vermeld diende te worden, nu dit voor de verzekeraar in dit geval een essentieel gegeven is voor het beoordelen van het te verzekeren risico". Van H mocht volgens het Hof worden verwacht, dat hij „daarvan gevraagd of ongevraagd mededeling zou doen".

Het cassatiemiddel gaat er volgens de Hoge Raad van uit dat de verzekeraar zich in beginsel niet met vrucht kan beroepen op verzwijging als bedoeld in artikel 251 WvK van omstandigheden waarnaar verzekeraar niet had gevraagd, jegens degene die bij zijn aanvraag tot het sluiten van een arbeidsongeschiktheidsverzekering, eerst een vragenlijst en vervolgens een gezondheidsverklaring met 15, onderscheidenlijk 12 concrete vragen naar waarheid had ingevuld.

De HR overweegt dat dit uitgangspunt van het cassatiemiddel juist is, „met dien verstande dat de verzekeraar wèl met vrucht een beroep op verzwijging kan doen ingeval het betreft een omstandigheid waarnaar de verzekeraar

weliswaar niet had gevraagd, maar ten aanzien waarvan de verzekerde ten tijde van het sluiten der verzekeringsovereenkomst wist, dan wel had behoren te begrijpen dat de verzekeraar bij mededeling daarvan de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten (HR 8 juni 1962, *NJ* 1962, 366)".

Volgens de HR heeft het Hof het hier genoemde uitgangspunt niet miskend door te overwegen „dat H., ofschoon hem door WUV niet was gevraagd of hij reeds een arbeidsongeschiktheidsuitkering genoot, had behoren te begrijpen dat het genot van zulk een uitkering voor WUV een essentieel gegeven voor de beoordeling van het te verzekeren risico was, zodat hij bij zijn aanvraag tot het sluiten van de arbeidsongeschiktheidsverzekering melding van die uitkering had moeten maken."

4. Onjuiste voorstelling van zaken aan verzekeraar zelf te wijten en werking van de redelijkheid en de billijkheid

HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493, noot Van Schilfgaarde, RVS Levensverzekeringen NV tegen Jacky Van Scharenburg

Het hier te bespreken arrest laat zien dat voor de verzekeraar geen beroep op 251 WvK openstond daar de onjuiste voorstelling van zaken voor zijn rekening diende te komen.

De redelijkheid en billijkheid brachten echter mee dat verzekerde slechts recht had op uitkering van een deel van het bedrag tot welk hij op grond van de levensverzekering gerechtigd was.

Op 12 augustus 1982 heeft verweerder in cassatie (hierna Van Scharenburg) bij eiseres tot cassatie (hierna RVS) een levensverzekering afgesloten op het leven van hem zelf en van zijn toenmalige verloofde Gerbrich Kappe. Op grond van deze verzekering zal het verzekerde bedrag tot uitkering komen bij het overlijden van de eerst stervende van beiden.

Gerbrich Kappe die sinds juli 1981 aan leukemie leed waarvoor zij ook onder behandeling van een specialist stond, is op 1 maart 1984 aan leukemie overleden.

De onderhavige levensverzekering is tot stand gekomen via Van Leer, in 1982 als agent in dienst van RVS.

Van Leer was door Van Scharenburg op de hoogte gesteld van de leukemie waaraan Gerbrich Kappe leed maar had deze informatie niet aan RVS doorgegeven.

Op de gezondheidsverklaring nodig voor het sluiten van de onderhavige verzekering, die door Van Leer is ingevuld en door Van Scharenburg en Kappe ondertekend, zijn de volgende vragen ten aanzien van Gerbrich Kappe als volgt beantwoord:

„2. hebt u enige ziekte, kwaal of gebrek? nee

4. hebt u wel eens specialisten geraadpleegd? ja

6. bent u wel eens opgenomen in een ziekenhuis, sanatorium of andere inrichting? ja"

Op de vragen 4 en 6 is daarbij als toelichting gegeven: „Toen zij 2 jaar oud was is de milt weggehaald. Verder geen consequenties. Geheel gezond."

Het Hof heeft de vordering van Van Scharenburg tot uitkering op grond van de levensverzekering voor de helft toegewezen.

Enerzijds omdat van de verzekering nietig makende verzwijging in de zin van artikel 251 WvK geen sprake kon zijn. Immers Van Scharenburg had Van Leer op de hoogte gesteld van de leukemie van Gerbrich Kappe. De wetenschap van Van Leer van de leukemie van Gerbrich Kappe moest volgens het Hof rechtens volledig gelden als wetenschap van RVS zèlf. De omstandigheid dat Van Leer deze informatie niet aan de medische dienst van RVS had doorgegeven kwam volgens het Hof geheel voor risico van RVS aangezien RVS de fouten van haar eigen werknemers heeft te dragen en deze niet op anderen mag af wentelen. Wetenschap bij één onderdeel van de organisatie geldt volgens het Hof als wetenschap van de gehele organisatie. Maar anderzijds omdat de schriftelijke informatie die via de gezondheidsverklaring aan RVS werd verstrekt „zo verregaand leugenachtig" was, dat „de goede trouw verhindert dat Van Scharenburg nog een volledige claim jegens RVS geldend zou kunnen maken". Waarbij het Hof volgens de HR in aanmerking heeft genomen dat Van Scharenburg en Kappe redelijkerwijs hadden moeten begrijpen dat informatie uit het gezondheidsformulier voor RVS bij de acceptatie van het risico een belangrijke factor zou zijn.

Tot zover sanctioneert de HR de uitspraak van het Hof. De HR overweegt: „'s Hofs oordeel komt erop neer dat Van Scharenburg en Kappe hadden moeten begrijpen dat voor (bedoeld is mijns inziens door, toevoeging auteur) het verstrekken van „verregaand leugenachtige" informatie verwarring zou worden gewekt bij het onderdeel van de organisatie dat met de acceptatie van het risico was belast. Daarvan uitgaande heeft het hof zonder schending van een rechtsregel kunnen oordelen dat Van Scharenburg en Kappe zozeer zijn te kort geschoten in hun verplichting om vóór de totstandkoming van de overeenkomst ook met de gerechtvaardigde belangen van RVS rekening te houden dat Van Scharenburg in strijd met de goede trouw handelt door het verzekerde bedrag ten volle op te vorderen."

Ook juist acht de HR het oordeel van het Hof dat Van Scharenburg en Kappe door hun ondertekening van de gezondheidsverklaring de inhoud van de daarop gestelde antwoorden voor hun rekening hebben genomen. Uiteindelijk wordt op het incidentele cassatieberoep het arrest van het Hof, op grond van een motiveringsgebrek dat hier geen verdere behandeling vraagt, vernietigd.

5. Strafrechtelijk verleden

HR 17 mei 1991, *NJ* 1991, 494. Centrale Schadeverzekering NV tegen Margrieta Hindriks

HR 19 juni 1992, *NJ* 1993, 487, noot Mendel, S. tegen Schermer Assuradeuren BV

In de eerste procedure, die zeer feitelijk is van aard, speelt de vraag of de verzekeringneemster het strafrechtelijk verleden van haar ex-echtgenoot aan verzekeraar had moeten mededelen.

Tussen Margrieta Hindriks (hierna Hindriks) en Centrale Schadeverzekering NV (hierna Centrale) is op 23 mei 1984 een caravanverzekering gesloten. De verzekering heeft betrekking op een aan Hindriks toebehorende stacaravan en biedt onder andere dekking tegen brandschade. Op 26 oktober 1984 is de caravan met voortent en inboedel geheel verloren gegaan door brand. Centrale beroept zich op artikel 251 WvK en weigert uit te keren.

Volgens Centrale had Hindriks in het deze verzekering betreffende aanvraagformulier melding moeten maken van het brandschadeverleden van haar ex-echtgenoot Gerrits en van diens strafrechtelijk verleden. Centrale noemt de vragen 10 en 11 zonder deze een exclusieve rol toe te willen kennen.

Volgens het cassatiemiddel luidt vraag 10 als volgt „Heeft U ooit een caravanschade geleden" In vraag 11 b zoals weergegeven in het cassatiemiddel wordt uitdrukkelijk gevraagd naar „een eventueel strafrechtelijk verleden van U *of van een verzekerde*, of andere feiten ten aanzien van zowel het *te verzekeren risico* als de persoon van aanvrager *en/of verzekerde* die voor het beoordelen van de verzekeringsaanvraag van belang *zouden kunnen zijn*". Het Hof heeft het beroep van Centrale op artikel 251 WvK verworpen. Reden daarvoor was dat door Centrale niet voldoende aannemelijk was gemaakt „dat Gerrits op enigerlei wijze bij de aanvraag tot het aangaan van de onderhavige, gewijzigde, verzekering is betrokken in dien zin dat die verzekering mede te zijnen behoeve strekte". En omdat „ook al zou Hindriks van de vroegere brandschades van haar ex-echtgenoot en zijn strafrechtelijk verleden op de hoogte zijn geweest, de eisen die aan de informatieplicht worden gesteld", naar het oordeel van het Hof niet zodanig dienen te worden uitgebreid, „dat deze gelet op alle daarbij geldende omstandigheden in het onderhavige geval er toe zouden moeten leiden, dat Hindriks verzwijging c.q. onwaarachtige opgave kan worden verweten nu zij die gegevens niet ongevraagd heeft verstrekt en de vragen 10 en 11 met neen heeft doen beantwoorden". De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van Centrale tegen het arrest van het Hof en verwijst voor de gronden die hij daarvoor heeft naar gedeelten uit de conclusie van A.-G. Asser.

Volgens de A.-G. geeft het Hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting daar in zijn oordeel besloten ligt het oordeel dat Hindriks de vragen 10 en 11 niet aldus had behoeven te begrijpen dat deze betrekking hadden op het schadeverleden en strafrechtelijk verleden van iemand als haar ex-echtgenoot en dat Hindriks evenmin had behoeven te begrijpen „dat die gegevens feiten betroffen waarvan de beslissing van Centrale afhing of kon afhangen en die zij daarom spontaan had dienen te vermelden". De A.-G. neemt dit

stand punt in mede in het licht van de overweging van het Hof, zoals door de A.-G. opgevat, dat „niet aannemelijk was geworden dat de verzekering mede betrof een belang van de ex-echtgenoot van Hindriks, Gerrits".

De A.-G. voegt hier nog aan toe dat „vraag 10 betreft de schaden ooit door de aanvrager geleden, en vraag 11b de vraag naar het strafrechtelijk verleden alsook die naar andere relevante feiten beperkt tot dat van de aanvrager of een *verzekerde*", terwijl uit niets was gebleken dat Gerrits verzekerde was.

In de tweede procedure stond de vraag centraal of verkeerde of onwaarachtige opgave dan wel verzwijging van een strafrechtelijk verleden alleen dan nietigheid van de overeenkomst wettigt indien uit die strafrechtelijke antecedenten enige conclusie valt te trekken omtrent de *betrouwbaarheid* van de verzekerde.

S. heeft op 10 mei 1985 een verzekering gesloten tegen onder meer brand „met betrekking tot bedrijfsuitrusting/inventaris en goederen, zich bevindende in de gebouwen dienende tot „Golden Ten"-club". Op of omstreeks 16 juni 1986 is door brand schade aan de verzekerde zaak ontstaan. Op grond van bovenbedoelde verzekering vordert S. uitkering van een deel van de schade door Schermer Assuradeuren BV (hierna Schermer) die als gevolmachtigd agent voor 20% als eerste ondertekenaar in bovenbedoelde verzekering deelneemt.

Schermer beroept zich echter op nietigheid van de verzekeringsovereenkomst daar S. zijn strafrechtelijke veroordeling zou hebben verzwegen.De rechtbank heeft het verweer van Schermer gegrond bevonden en de vordering van S. afgewezen. Het Hof heeft dit vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

S. stelt beroep in cassatie in. Van belang is dat in het bij de onderhavige verzekering behorende vragenformulier de volgende vraag is op genomen: „Hebt u feiten te melden omtrent een eventueel strafrechtelijk verleden van u (...), die binnen de afgelopen acht jaar zijn voorgevallen, of andere feiten (...) die voor het beoordelen van deze verzekeringsaanvraag van belang zouden kunnen zijn?". Deze vraag is met „neen" beantwoord. Het vragenformulier is door S. ondertekend.

S. is echter „bij (onherroepelijk) op tegenspraak gewezen vonnis van de politierechter te 's-Gravenhage van 19 sept. 1980 wegens „bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht" veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van veertien dagen met een proeftijd van twee jaar en tot een geldboete van *f*650 subsidiair dertien dagen hechtenis".

Door S. wordt in cassatie aangevoerd dat het hof in redelijkheid niet heeft kunnen oordelen dat een redelijk handelend verzekeraar, ware deze met het strafrechtelijk verleden van S. bekend geweest,in het onderhavige geval de verzekeringsovereenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

De Hoge Raad overweegt dat deze klacht faalt. „Voor zover zij is gebaseerd op de stelling dat verkeerde of onwaarachtige opgave dan wel verzwijging

van „een eventueel strafrechtelijk verleden" enkel dan nietigheid van de verzekeringsovereenkomst wettigt indien uit de desbetreffende „strafrechtelijke antecedenten" enige conclusie valt te trekken omtrent de betrouwbaarheid van de verzekerde, omdat deze stelling geen steun vindt in het recht".

Het door S. gedane beroep op de rechtstreekse werking van artikel 8 EVRM wordt door de Hoge Raad afgewezen omdat het Hof reeds had vastgesteld (welke vaststelling in cassatie niet werd bestreden) dat het niet vermelden van feiten omtrent S.'s strafrechtelijk verleden en de ontkennende beantwoording van de desbetreffende vraag niet zijn ingegeven door S.'s wens tot eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

Ook het door S. gedane beroep op artikel 7 Wet op de justitiële documentatie en op de verklaringen omtrent het gedrag (voor S. betekende dit artikel dat zijn strafblad na een verloop van vier jaar uit het strafregister dient te worden verwijderd) wordt door de Hoge Raad afgewezen daar het Hof volgens de Hoge Raad onder andere geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting door er van uit te gaan dat „deze wet geen betrekking heeft op en onverlet laat de verzekeringsrechtelijke verplichting van de verzekeringnemer de verzekeraar juist en volledig in te lichten over feiten omtrent een strafrechtelijk verleden die binnen de afgelopen acht jaar zijn voorgevallen (...)."

6. Causaal verband

HR 18 mei 1990, *NJ* 1990, 566, Barteld Gerard de Kroon tegen Ennia Schadeverzekering NV

HR 11 september 1992, *NJ* 1993, 754, noot Mendel, K. tegen De Onderlinge Verzekeringsmaatschappij Avero Schade U.A.

In de eerste zaak ging het onder andere om de vraag of de verzekeraar zich op art. 251 WvK kan beroepen nu uitkering wordt gevorderd terzake van diefstal van de auto, terwijl de feiten die niet zijn opgegeven of verzwegen een ander risico betreffen. De Hoge Raad geeft duidelijk aan dat voor een succesvol beroep op artikel 251 WvK door verzekeraar, niet vereist is dat er causaal verband bestaat tussen de verzwegen omstandigheden en/of verkeerde of onwaarachtige opgave, en „de aard van de schade op vergoeding waarvan de verzekerde in een gegeven geval aanspraak meent te kunnen maken".

De Hoge Raad overweegt: „Het derde onderdeel berust op de opvatting dat door een verzekeraar geen beroep op nietigheid als bedoeld in artikel 251 kan worden gedaan, wanneer de verzwijging op feiten betrekking heeft van een andere categorie (hier: schadegevallen betreffende cascoschade) dan waarop de vordering van de verzekerde is gegrond, waartegen de verzekeraar zich met het beroep op nietigheid verweert (hier: diefstal van de auto). Deze opvatting is evenwel onjuist, nu de nietigheid, bedoeld in artikel 251, niet afhangt van de aard van de schade op vergoeding waarvan de verzekerde in een gegeven geval aanspraak meent te kunnen maken."

In de zaak K. tegen De Onderlinge Verzekeringsmaatschappij Avero Schade U.A. herhaalt de Hoge Raad zijn hierboven weergegeven overweging. Hij stelt: „Zoals is overwogen in HR 18 mei 1990, *NJ* 1990, 566 (r.o. 3.3), hangt de in artikel 251 bedoelde nietigheid niet af van de aard van de schade op vergoeding waarvan de verzekerde aanspraak meent te kunnen maken."

Interessant is echter dat de Hoge Raad er in de onderhavige zaak van uitgaat dat maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat het ontbreken van causaal verband, tussen verkeerde of onwaarachtige opgave en/of verzwegen omstandigheden enerzijds en de aard van de schade op vergoeding waarvan de verzekerde aanspraak meent te kunnen maken anderzijds, een beroep op artikel 251 WvK onaanvaardbaar doet zijn. Niet voldoende was i.c. de omstandigheid dat B (omtrent wiens strafrechtelijk verleden onvolledige en onjuiste opgave was gedaan) ruimschoots voor dat de schade was ontstaan was overleden. Zie in dit verband ook de noot van Mendel onder het arrest. Deze uitspraak zal hierna (no. 9) ook worden behandeld in het kader van verzwijging indien er meerdere verzekeringnemers zijn.

7. Welke rol kan artikel 251 WvK spelen indien verzekeringnemer/verzekerde op grond van de verzekeringsovereenkomst verplicht is het verzekerde risico gedurende een bepaald aantal jaren ieder jaar op — in beginsel — dezelfde condities aan verzekeraar(s) aan te bieden?

HR 8 januari 1993 *NJ* 1994, 151, noot Mendel, NV Handel en Industrieonderneming Nationaal (HION) tegen Patrick Selwin Plaisted.

Verzekerde (HION) exploiteerde in 1984 een houtzagerij te Uitkijk in Suriname. Via de makelaar Cooper Gay & Co Ltd. heeft HION op de verzekeringsbeurs te Londen een verzekering gesloten — onder de benaming Lloyd's Fire Policy (Overseas) — tegen het risico van onder meer schade door brand aan de gebouwen, machines, voorraden en inventaris van haar bedrijf. Verweerder in cassatie (hierna Plaisted) heeft voor een bepaald percentage op de polis meegetekend.

De polis bepaalde dat de periode van de verzekering is „from 25th February, 1984 to 24th February, 1985 and for such further period of periods as may be mutually agreed upon." Voorts was HION op grond van een in de polis opgenomen Long Term Agreement Clause verplicht voor een periode van 5 jaar het verzekerde risico ieder jaar op — in beginsel — dezelfde voorwaarden aan verzekeraars aan te bieden.

Cooper Gay & Co Ltd. heeft in 1985 en 1986 de „renewal" van bovenbedoelde verzekering aan assuradeuren aangeboden voor de perioden van 25 februari 1985 t/m 24 februari 1986 respectievelijk 25 februari 1986 t/m 24 februari 1987". Assuradeuren hebben het aanbod tot renewal voor beide perioden geaccepteerd.

Op 20 oktober 1986 is een deel van het bedrijf van HION in Uitkijk door brand verwoest. HION vordert op grond van bovengenoemde verzekeringsovereenkomst uitkering (van een deel) door Plaisted. Plaisted beroept zich echter op „nietigheid van de verzekeringsovereenkomst(en) ingevolge artikel 251 WvK, stellende dat HION weliswaar bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst in 1984 geen verkeerde opgaven heeft gedaan of omstandigheden heeft verzwegen, maar dat bij de „renewals" in 1985 en 1986 essentiële informatie door HION is verzwegen".

De rechtbank heeft het beroep op artikel 251 WvK door Plaisted verworpen omdat er volgens de Rechtbank in 1985 en 1986 geen sprake was van een nieuwe verzekeringsovereenkomst maar van een verlenging van de in 1984 gesloten overeenkomst en artikel 251 WvK niet ziet op een mededelingsplicht bij de verlenging van een verzekeringsovereenkomst. Het Hof was echter van mening dat zowel in 1985 als in 1986 een nieuwe verzekering tot stand is gekomen en dat op HION bij het sluiten van deze overeenkomsten de in artikel 251 WvK bedoelde mededelingsplicht rustte, welke plicht HION volgens het Hof niet was nagekomen.

In cassatie voert verzekerde aan dat, voor de toepassing van artikel 251 WvK in geen geval kan worden gesproken van een nieuwe verzekeringsovereenkomst, althans dat „aan de zijde van de verzekeringnemer/verzekerde" geen sprake kan zijn van het opnieuw aangaan van een verzekeringsovereenkomst. Indien de verzekeringnemer/verzekerde zich heeft verplicht om het verzekerde risico voor een bepaald aantal jaren telkenjare op — in beginsel — dezelfde condities ter verzekering aan assuradeuren aan te bieden en assuradeuren op dit aanbod ingaan.

De Hoge Raad is van mening dat deze stelling niet als juist kan worden aanvaard. De omstandigheid dat verzekeringnemer/verzekerde zich in een overeenkomst heeft verplicht om bij ommekomst van de looptijd van de verzekering het verzekerde risico voor een bepaald aantal jaren telkenjare op — in beginsel — dezelfde condities ter verzekering aan assuradeuren aan te bieden kan volgens de Hoge Raad „wel van belang zijn maar is niet beslissend voor het antwoord op de vraag of bij aanvaarding van een zodanig aanbod een nieuwe verzekeringsovereenkomst tot stand komt dan wel de bestaande verzekeringsovereenkomst wordt verlengd of voortgezet. Voor het antwoord op deze vraag zijn alle omstandigheden van het geval, waaronder in het bijzonder de mede door uitleg van de polis vast te stellen bedoeling van partijen, van belang".

Voorts doet de Hoge Raad de stelling van verzekerde — dat indien er wel sprake is van een nieuwe verzekeringsovereenkomst de omstandigheden van het geval (onder andere dat verzekerde zich heeft verplicht om het verzekerde risico voor een bepaald aantal jaren telkenjare op, in beginsel, dezelfde condities ter verzekering aan assuradeuren aan te bieden) meebrengen dat er geen spontane mededelingsplicht voor verzekeringnemer/verzekerde bestaat ten aanzien van de in artikel 251 WvK bedoelde gegevens — af met de

overweging „Indien sprake is van een nieuwe verzekeringsovereenkomst, geldt het in artikel 251 bepaalde onverkort."

8. Verhouding tussen 263 WvK en 251 WvK en de betekenis van de redelijkheid en billijkheid

HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 152, noot Mendel, Tulleners van Buren CV en anderen tegen J.W. Nijholt BV

J.W. Nijholt BV (hierna Nijholt) heeft het cafébedrijf „Hollywood" te Rotterdam van Hefrato BV (hierna: Hefrato) gekocht. De overdracht heeft op 7 september 1987 plaatsgevonden. Hefrato had de opstallen en de inventaris van het café bij eiseressen tot cassatie (hierna: verzekeraars) verzekerd. De op deze verzekering van toepassing zijnde voorwaarden houden onder meer in: „De verzekering volgt het verzekerd belang. Indien en voor zover het verzekerd belang op een ander overgaat geldt het volgende:

— (...)
— na overgang van het verzekerd belang anders dan door overlijden vervalt de overeenkomst door verloop van dertig dagen; daarna voortzetting uitsluitend indien de maatschappij deze heeft goedgekeurd.
— de verzekering vervalt terzake van enig belang onmiddellijk zodra dit belang door de nieuwe eigenaar elders is verzekerd.
— (...)"

Op 10 september 1987, is aan de hierbovenbedoelde opstallen en inventaris door brand schade toegebracht. Als Nijholt uitkering van verzekeraars vordert op grond van bovenbedoelde verzekering beroepen verzekeraars zich in het kader van 251 WvK op het strafrechtelijk verleden van de directeur van Nijholt.

Verzekeraars voeren in cassatie aan dat wanneer de rechten uit een verzekeringsovereenkomst ingevolge 263 WvK of ingevolge bovenbedoeld beding in de verzekeringsvoorwaarden, op de verkrijger van een verzekerd goed overgaan, de overname van de verzekering door deze laatste voor de toepassing van artikel 251 WvK heeft te gelden als het aangaan van een nieuwe verzekering.

Volgens de Hoge Raad is deze opvatting niet juist. Hij overweegt heel algemeen dat artikel 251 WvK ertoe strekt „de verzekeraar de mogelijkheid te geven zich op de daarin vervatte vernietigingsgrond te beroepen indien hem feiten niet zijn meegedeeld van zodanige aard dat kennis daarvan beslissend zou zijn geweest voor zijn besluit de verzekering aan te gaan en voor de voorwaarden waaronder hij dat zou hebben gedaan. In het geval van toepassing van artikel 263 of van een met dat artikel overeenstemmende bepaling in de verzekeringsvoorwaarden, loopt de verzekering echter van rechtswege, derhalve zonder dat een daartoe strekkend besluit van de verzekeraar is vereist, door ten gunste van de nieuwe rechthebbende op het

verzekerde goed. De verzekeraar kan zich dan ook niet erop beroepen dat hem kennis is onthouden van feiten die voor hem van beslissende betekenis zouden zijn geweest voor een besluit de verzekering aan te gaan". Ook is er volgens de Hoge Raad geen ruimte voor analoge toepassing van artikel 251 WvK „in geval van overgang van de rechten uit een lopende verzekering op de verkrijger van het verzekerde goed".

Verzekeraars hadden nog een poging gedaan om te voorkomen dat Nijholt zich zou kunnen beroepen op bovenbedoelde bepaling in de verzekeringsvoorwaarden of artikel 263 WvK door — kort door de Hoge Raad samengevat — aan te voeren dat de goede trouw meebrengt dat Nijholt geen beroep op bedoelde bepalingen kan doen omdat zij (Nijholt) wist dat gezien het strafrechtelijk verleden van haar directeur, de verzekering door verzekeraars niet als nieuwe verzekering zou zijn aanvaard.

Volgens de Hoge Raad is het Hof er van uitgegaan dat de „in art. 263, of in het daarmee overeenstemmend beding in de verzekeringsvoorwaarden, neergelegde regel buiten toepassing dient te blijven voor zover zodanige toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn". Maar heeft het Hof „de door verzekeraars aangevoerde omstandigheden kennelijk niet voldoende geacht voor het oordeel dat art. 263 of het daarmee overeenstemmende beding in de verzekeringsvoorwaarden buiten toepassing moeten blijven". Dit geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting zo stelt de Hoge Raad.

Deze uitspraak is geheel in lijn met de ten aanzien van artikel 251 WvK heersende leer dat er voor wat betreft het strafrechtelijk verleden van verzekeringnemer geen spontane mededelingsplicht bestaat. Het zou niet passen om via een omweg een spontane mededelingsplicht van het strafrechtelijk verleden te creëren door aan te nemen dat verzekerde in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou handelen door zich op zijn rechten uit verzekeringsovereenkomst te beroepen indien hij niet spontaan tot mededeling van bovenbedoeld strafrechtelijk verleden is overgegaan. Er moet dus meer aan de hand zijn wil verzekeraar zich op bovenbedoelde strijd met de redelijkheid en billijkheid kunnen beroepen.

9. De werking van artikel 251 WvK indien er meerdere verzekeringnemers zijn en een van hen niet aan de mededelingsplicht ingevolge artikel 251 WvK voldoet

HR 11 september 1992, *NJ* 1993, 754, noot Mendel, K. tegen De Onderlinge Verzekeringsmaatschappij Avero Schade U.A.

In de hierna te behandelen procedure wordt antwoord gegeven op de vraag of indien er meerdere verzekeringnemers zijn verzekeraar jegens alle verzekeringnemers beroep op artikel 251 WvK kan doen indien één van de verzekeringnemers de mededelingsplicht van bedoeld artikel heeft geschonden.

Tussen K en B (echtgenoot van K) enerzijds en Otos (rechtsvoorganger van

De Onderlinge Verzekeringsmaatschappij Avero Schade U.A., hierna Avero) anderzijds is op 1 december 1982 een verzekeringsovereenkomst tot stand gekomen. Het ging om een verzekering tegen inbraak en brandschade voor een woning te Oegstgeest waarvan K eigenaresse is en de zich daarin bevindende inboedel.

Achtereenvolgens hebben zich de volgende gebeurtenissen voorgedaan: B is op 2 december 1986 overleden. K is zijn enige erfgename. K heeft aangifte gedaan dat in de nacht van 6 op 7 augustus 1987 was ingebroken in haar woning en dat daardoor schade was ontstaan.

In de nacht van 8 op 9 augustus 1987 is brand gesticht in de woning, met het gevolg dat het pand volledig is uitgebrand. Op grond van bovenbedoelde verzekeringsovereenkomst vorderde K vergoeding door Avero van de schade die het gevolg is van de inbraak en de brand. Avero beriep zich echter op artikel 251 WvK

Voordat bovenbedoelde verzekeringsovereenkomst werd gesloten, heeft zich het volgende voorgedaan. K en B hadden door bemiddeling van NV Bouwfonds Nederlandse Gemeenten bij Otos, rechtsvoorganger van Avero, een verzekering aangevraagd tegen inbraak en brandschade voor bovenbedoelde woning en de zich daarin bevindende inboedel. Het aanvraagformulier bevatte onder meer de volgende vraag: „Welke bijzonderheden zijn er nog die van belang zijn voor een juiste beoordeling van het risico?". Op deze vraag is het volgende geantwoord: „B. is in 1976 met justitie in aanraking geweest". Op de door Otos, alvorens over acceptatie te beslissen, nader gevraagde inlichtingen, zijn door B. via het Bouwfonds inlichtingen verstrekt over zijn strafrechtelijk verleden. Welke inlichtingen naar later is gebleken onvolledig waren en onjuistheden bevatten. Zo werd onder meer ten onrechte medegedeeld dat B. nooit „gezeten" had.

In het cassatiemiddel werd betoogd, dat in het geval dat een verzekeringsovereenkomst met twee verzekeringnemers wordt aangegaan en de verzekeraar van een van de verzekeringnemers desgevraagd nadere inlichtingen heeft verkregen, de verzekeraar verplicht is zich ervan te vergewissen dat de andere verzekeringnemer van de vraag en van die nadere inlichtingen op de hoogte is. En dat de verzekeraar indien hij deze verplichting niet nakomt zich tegenover laatstbedoelde verzekeringnemer niet op de nietigheid van de verzekering ingevolge artikel 251 WvK kan beroepen indien die verzekeringnemer niet in zijn informatieverplichting tekort is geschoten.

De HR overweegt: „Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Het is niet verenigbaar met het bepaalde in artikel 251, dat immers ertoe strekt de verzekeraar te beschermen tegen een verkeerde beoordeling van het te verzekeren risico als gevolg van onjuiste mededelingen of verzwijging van de zijde van zijn wederpartij. Is er meer dan één verzekeringnemer, dan ligt het op de weg van de verzekeringnemers, in onderling overleg maatregelen te nemen om te voorkomen dat onjuiste mededelingen worden gedaan en dat voor de beoordeling van het risico relevante omstandigheden welke aan één

hunner bekend zijn worden verzwegen; de verzekeraar behoeft niet uit te gaan van de veronderstelling dat dergelijke maatregelen achterwege zijn gebleven."

Een belangrijk gegeven dat uit dit arrest valt af te leiden wordt beschreven door Mendel in zijn noot onder het hier behandelde arrest. Volgens de heersende leer hoeft de verzekeringnemer in beginsel geen mededeling te doen van zijn strafrechtelijk verleden indien de verzekeraar daar niet expliciet naar vraagt. Doet de aspirant-verzekerde, zoals in het onderhavige geval, echter spontaan opgaaf van zijn strafrechtelijk verleden dan geldt, zo stelt Mendel: „Als de verzekeraar dan dóórvraagt en nadere concretisering wenst", dat de aspirant-verzekerde deze vraag dan net zo correct moet beantwoorden als wanneer hem de vraag direct in „de eerste ronde" was gesteld. „Doet hij dat niet, dan moet hij de sanctie van artikel 251 WvK verwachten."

Zie voor de vraag of voor een beroep op artikel 251 WvK vereist is dat er causaal verband bestaat tussen de verkeerde of onwaarachtige opgave of de verzwegen omstandigheden en de aard van de schade op vergoeding waarvan de verzekerde aanspraak meent te kunnen maken, de behandeling van dit arrest onder no. 6, Causaal verband.

IV. RISICOVERZWARING

Noch de Nederlandse wet noch het Nederlandse recht bevat een algemene bepaling dat de verzekeraar niet hoeft uit te keren indien het risico na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst wordt verzwaard. (Zie HR 6 november 1992, *NJ* 1994, 150, noot Mendel, hierna besproken onder VII.5, en P.L. Wery, Hoofdzaken Verzekeringsrecht, Kluwer-Deventer-1995, pag. 60)

Wel kent de wet artikel 293 WvK, een speciale regel op grond waarvan de verplichting van de verzekeraar ophoudt indien een verzekerd gebouw na het sluiten van de verzekering een andere bestemming krijgt, waardoor het gebouw aan meerder brandgevaar wordt blootgesteld en de verzekeraar indien zulks voor de verzekering had bestaan de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

Hierna zal een aantal arresten worden behandeld die bepaalde aspecten van artikel 293 WvK behandelen dan wel bepaalde vragen omtrent bedoeld artikel beantwoorden.

1. Bestemmingswijziging

HR 1 februari 1991, *NJ* 1991, 357, Beatrijs Snikkers tegen Nationale Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij NV

Beroep op artikel 293 WvK door verzekeraar is eerst mogelijk indien er sprake is van een duidelijk sprekend geval van bestemmingswijziging van

het verzekerde gebouw. Aldus HR 10 augustus 1988, *NJ* 1989, 238 besproken in het vorige rechtspraakoverzicht (1985-1989) *T.P.R.* 2-90, p. 842. De onderhavige procedure geeft een voorbeeld waarin van zo een duidelijk sprekend geval van bestemmingswijziging sprake was.

Eiseres tot cassatie (hierna Snikkers) is eigenares van een stuk grond, bebouwd met een boerderij en verdere opstallen, aan de Echtenseweg 23 te Ruinen. Zij heeft deze boerderij en opstallen met ingang van 13 mei 1974 bij verweerster in cassatie (hierna NN) tegen brandschade verzekerd als „gebouwen dienende tot particuliere bewoning". Op 14 juli 1985 is de boerderij gedeeltelijk door brand teniet gegaan. Snikkers vordert vergoeding van de schade. NN verweert zich echter met onder andere een beroep op artikel 293 WvK Het Hof heeft het beroep van NN op artikel 293 WvK gegrond geoordeeld. Het beroep in cassatie ingesteld door Snikkers wordt door de Hoge Raad verworpen met verwijzing naar een aantal overwegingen van de A-G.

De A-G overweegt dat het Hof de bestemmingswijziging heeft aangenomen op grond van de volgende omstandigheden:

„— de boerderij stond te koop en had „lang" — d.w.z. anderhalf jaar — voor de brand iedere woonfunctie verloren;

— in die periode waren er regelmatig vernielingen in aangebracht door indringers van buiten (vandalisme) en sporen van brand in een muurkast aangetroffen, van welke vernielingen „al dan niet" en van welke brand geen aangifte is gedaan;

— de boerderij werd gedeeltelijk voor opslag van bouwmaterialen ten behoeve van een manege en als zadelkamer annex kantine gebruikt".

Vervolgens toetst de A.-G. of het hier beschreven geval van bestemmingswijziging voldoet aan de door de Hoge Raad 10 augustus 1988, NJ 1989, 238 gestelde eis dat alleen in duidelijk sprekende gevallen aanvaard mag worden dat de bestemming van het verzekerde gebouw in de zin van artikel 293 WvK is gewijzigd. En oordeelt hij (de A.-G.) dat het Hof, door op grond van de door het Hof gereleveerde omstandigheden in het onderhavige geval bestemmingswijziging in de zin van artikel 293 WvK aan te nemen, geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Vermelding verdient nog dat Snikkers had getracht een succesvol beroep op 293 WvK door verzekeraar onmogelijk te maken door zich er in cassatie onder andere op te beroepen dat Snikkers voldoende toezicht had gehouden en onderhoud had gepleegd of laten plegen met als kennelijk doel het behoud van de bestemming. In cassatie kon er echter niet van worden uitgegaan dat genoemd toezicht was gehouden en gesteld onderhoud was verricht daar de A.-G. in het cassatiemiddel geen „(met name motiverings-) klachten" las ten aanzien van het feitelijk oordeel van het Hof dat de hierbedoelde door Snikkers aangevoerde stellingen niet waren komen vast te staan.

Opgemerkt dient te worden dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval een beroep op voldoende toezicht op en onderhoud van het verzekerde

opstal wel degelijk een rol kan spelen bij de vraag of verzekeraar zich terecht op artikel 293 WvK beroept. Zie hiervoor HR 6 januari 1984, *NJ* 1985, 590, in het vorige rechtspraakoverzicht (1985-1989) besproken door S.J.A. Mulder in *T.P.R.* 2-90, pagina 841.

2. Dekking van het risico

HR 15 mei 1992, *NJ* 1993, 263, noot Mendel, M. Caransa BV tegen De Rotterdamse Assurantiekas NV

In de onderhavige zaak komt aan de orde de vraag of bij wijziging van de in de brandpolis omschreven bestemming van een verzekerd gebouw, de vraag of het risico gedekt is uitsluitend beantwoord mag worden aan de hand van artikel 293 WvK

Eiser tot cassatie (hierna: Caransa) is eigenares van een pand aan het Rembrandtplein te Amsterdam. Het pand is ten tijde van een brand in januari 1979 — ten gevolge waarvan het pand ernstig is beschadigd — onder andere bij verweerster in cassatie (hierna: Assurantiekas) tegen het risico van brand verzekerd. Vermeld dient te worden dat in het pand ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst op de begane grond en de verdieping daarboven een Wimpy-bar was gevestigd. Ten tijde van de brand was de Wimpy-bar enkel nog op de begane grond gevestigd en was op de eerste verdieping een Pakistaans restaurant gevestigd; de tweede verdieping en de zolder waren ten tijde van de brand voor huisvesting ingericht. Caransa vordert op grond van de bovenbedoelde verzekeringsovereenkomst uitkering door Assurantiekas van een deel van de schade.

Assurantiekas heeft deze vordering bestreden. Primair op grond van de omschrijving van het gevaarsobject in de polis. Deze omschrijving luidt als volgt: „de opstal van het pand, van steen gebouwd met harde dekking, waarin Wimpy-bar". Volgens Assurantiekas houden de woorden „waarin Wimpy-bar" een „gevaarbeperkende voorwaarde" in en strookte de toestand van het pand ten tijde van de brand niet met het in de polis omschreven risico.

In de tweede plaats beroept Assurantiekas zich er op dat de vestiging van een Pakistaans restaurant een risicoverzwarende omstandigheid is welke, indien zij voor het sluiten van de verzekeringsovereenkomst bekend zou zijn geweest, er toe zou hebben geleid dat niet althans niet op dezelfde voorwaarden verzekerd zou zijn en verzekeraars dus van hun verplichtingen uit de onderhavige verzekeringsovereenkomst zijn ontslagen.

De Rechtbank heeft beide verweren van Assurantiekas verworpen. Het Hof echter heeft het eerste verweer van Assurantiekas gegrond geoordeeld. De Hoge Raad verstaat een onderdeel van het cassatiemiddel als volgt: „dat het hof heeft miskend dat ingeval van wijziging van het in een brandpolis omschreven gebruik (de bestemming) de vraag van het al dan niet gedekt zijn van het risico uitsluitend mag worden beoordeeld in het kader van de wettelijke regeling van de gevolgen van risicoverzwaring door bestemmings-

wijziging (artikel 293 K)". Welke klacht volgens de Hoge Raad echter op een onjuiste rechtsopvatting berust. De Hoge Raad overweegt: „Wanneer, zoals het hof te dezen op grond van zijn uitleg van de polis heeft aangenomen, de verzekeringsovereenkomst het risico van (brand-)schade aan het verzekerde gebouw uitsluitend dekt indien het gebruik van het gebouw overeenstemt met de daarvan in de polis opgenomen omschrijving, is de verzekeraar niet tot vergoeding van schade verplicht ingeval die overeenstemming ontbreekt, zulks ongeacht of is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het bepaalde in artikel 293 K".

3. Artikel 293 WvK en bijzondere omstandigheden

HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 498, Modalfa Vastgoed BV tegen Schermer Assuradeuren BV

In deze procedure worden onder andere bijzondere omstandigheden genoemd die tot gevolg hebben dat aan verzekeraar, ondanks bestemmingswijziging in de zin van 293 WvK geen beroep op artikel 293 WvK openstaat.

Eiser tot cassatie (hierna Modalfa) heeft bij ondermeer verweerster in cassatie (hierna Schermer) enige opstallen verzekerd. De opstallen zijn in het op de verzekering betrekking hebbende polisblad nr 12 van 20 mei 1985 omschreven als: „gebouwen van gemengde constructie, incl. vaste bedrijfsinventaris aan de *BINNENHAVEN* 111/115 te *ENSCHEDE*, dienende tot onderhoudswerkplaats, plaatwerkerij en stalling van auto's. Een gedeelte staat tijdelijk leeg".

In het leegstaande gedeelte van de opstallen is op 1 augustus 1986 een kunststofrecyclingsbedrijf gevestigd, waarvan geen mededeling is gedaan aan verzekeraars.

Op de onderhavige verzekering is bij polisblad nr. 13 van 24 december 1987 van toepassing verklaard clausuleblad V 86.06.002. Daarin is een van artikel 293 WvK afwijkende regeling is opgenomen. Op 26 oktober 1988 zijn de verzekerde opstallen door brand beschadigd en Modalfa vordert uitkering door Schermer op grond van het aandeel van Schermer in de onderhavige verzekering. Schermer beroept zich echter op artikel 293 WvK Door gedeeltelijke wijziging van de bestemming van het verzekerde gebouw van leegstaand naar kunststofrecyclingsbedrijf zou de verplichting van Schermer uit de onderhavige verzekeringsovereenkomst zijn opgehouden.

Het cassatiemiddel houdt onder andere — zoals door de Hoge Raad kort samengevat — in: „dat art. 293 aldus moet worden verstaan dat de verplichting van de verzekeraar, die door bestemmingswijziging van het verzekerde was opgehouden, kan herleven op grond van latere omstandigheden, waaronder het na de bestemmingswijziging bij overeenkomst buiten toepassing verklaren van het bepaalde bij dat wetsartikel".

De Hoge Raad overweegt: „Bij de beoordeling van dit onderdeel moet worden vooropgesteld dat in geval van verzekering van een gebouw tegen

brand het bepaalde bij art. 293 aan een — duidelijk sprekend geval van — bestemmingswijziging van het gebouw in de zin van die bepaling het gevolg verbindt dat de verzekeraar van zijn verplichtingen is ontslagen (HR 10 augustus 1988 *NJ* 1989, 238). Op zichzelf terecht neemt het onderdeel tot uitgangspunt dat zich bijzondere omstandigheden kunnen voordoen, die tot gevolg hebben dat aan de verzekeraar, ondanks een wijziging van de bestemming als eerder bedoeld, geen beroep op art. 293 openstaat. Daarbij valt, zoals ook het onderdeel aanvoert, te denken aan het geval waarin de bestemmingswijziging ongedaan is gemaakt voordat het risico zich heeft verwezenlijkt. Voorts kan worden gedacht aan het geval waarin onvoldoende verband bestaat tussen de bestemmingswijziging en het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt. Bovendien kan een beroep op art. 293 falen ingeval de verzekeraar, na van de bestemmingswijziging op de hoogte te zijn gebracht of geraakt, de verzekeringsovereenkomst ongewijzigd continueert."

Volgens de Hoge Raad wordt echter niet door artikel 293 WvK bepaald of de omstandigheid, dat parijen bij de verzekeringsovereenkomst na een aan de verzekeraar onbekend gebleven bestemmingswijziging nader zijn overeengekomen van het bepaalde in artikel 293 WvK af te wijken, ertoe leidt dat de verplichting van verzekeraar herleeft. Of de verplichting van de verzekeraar onder de hier beschreven omstandigheid herleeft, hangt volgens de Hoge Raad af van de inhoud van die nadere overeenkomst.

Het hierboven aangehaalde kort samengevatte onderdeel van het cassatiemiddel werd volgens de Hoge Raad tevergeefs voorgesteld.

V. MERKELIJKE SCHULD IN DE ZIN VAN ART. 294 WVK

Merkelijke schuld van de verzekerde in de zin van art. 294 WvK

HR 19 juni 1992, *NJ* 1993, 555, noot Mendel, Maduro & Curiel's Bank NV tegen Fatum/De Nederlanden van 1845 NV

(Vervolg op HR 21 september 1990, *NJ* 1990, 831)

HR 23 oktober 1992, *NJ* 1992, 814, G. Holding BV e.a. tegen Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Mij. NV

Art. 294 WvK luidt: „De verzekeraar is ontslagen van de verplichting tot voldoening der schade indien hij bewijst dat de brand door merkelijke schuld of nalatigheid van den verzekerde zelven veroorzaakt is."

In het Keulse autodiefstal-arrest heeft de Hoge Raad merkelijke schuld gedefinieerd als een ernstige mate van schuld (zie *T.P.R.*, 27e jrg., nr. 2-90, p. 836 e.v.).

In de hiernavolgende arresten wordt de ratio van het begrip merkelijke schuld omschreven.

Het eerste arrest en het arrest waarop het voortbouwde bevatten een aantal ingewikkelde procesrechtelijke aspecten, die bij de bespreking vereenvoudigd zullen worden weergegeven. De casus is als volgt.

Meir Dan, eigenaar van het pand „El Panino" (een delicatessenwinkel annex restaurant) te Curaçao heeft met Fatum een brandverzekering ten behoeve van het met hypotheek belaste pand gesloten. Ten behoeve van de hypotheekhouder Maduro & Curiel's Bank NV (hierna MCB) werd een assurantiebeding gemaakt inhoudende dat bij schade een eventuele uitkering op rekening van MCB zou worden gestort. Meir Dan was in gemeenschap van goederen gehuwd en overleed op 27 oktober 1985. Tot zijn nalatenschap zijn zijn weduwe en zijn twee kinderen voor gelijke delen gerechtigd. Het pand behoort tot de nog onverdeelde huwelijksgoederengemeenschap en nalatenschap en de verzekeringsovereenkomst is van kracht gebleven ten gunste van de drie deelgerechtigden daarin. Het pand is op 16 januari 1986 verwoest althans zeer ernstig beschadigd. MCB heeft Fatum op grond van genoemd assurantiebeding aangesproken tot uitbetaling van het schadebedrag. Fatum weigerde uitbetaling zich o.m. beroepende op merkelijke schuld, art. 294 K, van één der kinderen, Noah Dan. MCB heeft zich daarom bij verzoekschrift gewend tot het Gerecht in eerste Aanleg van de Ned. Antillen met een vordering tot betaling door Fatum. Bij de eerste rechter kwam de vraag aan de orde of Noah Dan merkelijke schuld had aan de brand van het pand en zo ja of de merkelijke schuld van Noah Dan moet worden toegerekend aan de beide andere deelgerechtigden. De eerste rechter besliste dat de merkelijke schuld van Noah Dan slechts aan de onverdeelde nalatenschap is toe te rekenen voor het aandeel waarin hij daartoe gerechtigd was.

Van het vonnis werd door Fatum appel ingesteld bij het Gemeenschappelijke HvJ Ned. Antillen. Bij interlocutoir van 7 maart 1989 heeft het Hof voor recht verklaard dat de deelgenoten in het verzekerde object als verzekerden hadden te gelden. Daarnaast oordeelde het Hof dat merkelijke schuld van één van hen tot gevolg heeft dat de verzekeraar niet tot uitkering is gehouden. En tot slot verwierp het Hof het standpunt van MCB dat de verzekerden jegens elkaar als derden zijn te beschouwen. Het Gerecht in Eerste Aanleg heeft bij eindvonnis van 25 juni 1990 geoordeeld dat Noah Dan merkelijke schuld had aan de brand aan het pand van zijn overleden vader en heeft, met inachtneming van hetgeen het Hof bij interlocutoir heeft geoordeeld, MCB haar vordering op Fatum ontzegd. Hiervan gaat MCB in cassatie.

De Hoge Raad overweegt m.b.t. de ratio van art. 294 WvK:

„Aan art. 360 KNA (294 WvK) ligt de gedachte ten grondslag dat de verzekeraar bij de beoordeling van het risico dat hij krachtens de te sluiten overeenkomst zal gaan lopen, ervan mag uitgaan dat de verzekerde niet zozeer tekort schiet in zorg ter voorkoming van schade dat er sprake is van merkelijke schuld..."

De Hoge Raad komt dan ook tot de conclusie, de genoemde ratio van art. 294 WvK in acht genomen, dat indien er meer verzekerden zijn zoals i.c., de verzekeraar van allen de hiervoor omschreven zorg mag verwachten. Hieruit vloeit voort dat bij merkelijke schuld van één der verzekerden de verzekeraar tegenover alle verzekerden is bevrijd en daarom in het geheel niet gehouden is tot vergoeding van de schade.

De Hoge Raad verwerpt het beroep van MCB.

Mendel merkt in zijn noot bij dit arrest op dat de argumentatie is dat art. 294 WvK beoogt de verzekeraar te beschermen. De bescherming schuilt hierin dat de verzekerde een minimumgehalte aan zorg zal hebben ter voorkoming van schade, zodanig dat hem geen merkelijke schuld is te verwijten. Deze strekking van bescherming brengt mee dat als er meerdere verzekerden zijn, de verzekeraar ervan mag uitgaan dat zij allen het genoemde minimumgehalte aan zorg ter voorkoming van schade zullen hebben.

De tweede zaak. G. Holding is eigenares van een gebouw in Gelderland, waarin een confectieatelier was gevestigd dat werd geëxploiteerd door Confectiefabriek G. De opstal was tegen herbouwwaarde verzekerd bij Nationale Nederlanden (hierna NN) onder meer tegen het risico van brand. In de nacht van 7 op 8 oktober 1985 heeft zich een brand voorgedaan, waardoor zowel aan het gebouw als aan de voorraden en inventaris van het confectieatelier schade is ontstaan. G. c.s. vorderen van NN betaling terzake van de schade aan het gebouw van een bedrag van *f* 662.481 en terzake van de schade aan voorraden betaling van een door een expert vast te stellen bedrag. NN heeft tegen deze vorderingen het verweer gevoerd dat de schade was te wijten aan merkelijke schuld van G. jr. (die overigens strafrechtelijk was vervolgd voor brandstichting, maar werd vrijgesproken). De rechtbank heeft het verweer van NN verworpen, het Hof heeft het verweer gegrond bevonden. Het Hof heeft daarbij overwogen dat er ten aanzien van G. jr. aanwijzingen zijn dat hij de brand heeft gesticht. Verder overwoog het Hof dat ook als zou G. jr. de brand niet hebben gesticht hem in elk geval grove nalatigheid, en dus merkelijke schuld, kan worden verweten, omdat hij terwijl er in één of meer bedrijfsruimten een brand woedde welke hij moet hebben opgemerkt, is weggegaan zonder de brandweer te waarschuwen en/of zelf te trachten de brand te blussen.

In cassatie richt verzekerde G. Holding zich met een aantal middelen tegen het arrest van het Hof, waarvan het belangrijkste is dat het Hof niet heeft beslist dat G. jr. de brand zelf heeft gesticht en het keert zich tegen het oordeel van het Hof dat er sprake zou zijn van merkelijke schuld. Dit middel acht de Hoge Raad vergeefs voorgesteld op grond van de ratio van art. 294 WvK die de Hoge Raad als volgt omschrijft:

„Aan (...) art. 294 WvK ligt de gedachte ten grondslag dat de verzekeraar bij de beoordeling van het risico dat hij krachtens de te sluiten overeenkomst zal gaan lopen, ervan mag uitgaan dat de verzekerde niet zozeer tekortschiet in zorg ter voorkoming van schade dat er sprake is van merkelijke schuld."

Verder overweegt de Hoge Raad ten aanzien van het middel:

„Dit (deze ratio, AB) in aanmerking genomen bestaat geen aanleiding die bepaling louter op grond van haar bewoordingen zo beperkt uit te leggen dat van merkelijke schuld als daar bedoeld slechts sprake kan zijn ingeval de verzekerde de brand heeft veroorzaakt. Dit brengt mee dat het Hof niet heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 294.

Het Hof behoefde ook niet nader te motiveren waarom het merkelijke schuld aanwezig oordeelde, en het was niet gehouden vast te stellen welke oorzaak de brand had."

De Hoge Raad verwerpt dan ook het beroep van eiseres G. Holding.

Dit arrest leert dat de bepaling van art. 294 WvK zo moet worden uitgelegd dat zij niet slechts van toepassing is indien de verzekerde zelf brand heeft gesticht maar evengoed indien de verzekerde heeft *nagelaten* een brand te blussen. Verder is interessant dat hier in een geval van grove nalatigheid merkelijke schuld wordt aangenomen.

VI. DUBBELE VERZEKERING

1. Regresrecht verzekeraars

HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 316, noot Mendel, The General Accident Fire And Life Assurance Corporation tegen Amev Schadeverzekering NV

In het bekende arrest d.d. 12 april 1985, *NJ* 1985,867 (Holland-Korstanje) heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat indien de aansprakelijkheid voor een motorrijtuig door verschillende verzekeringen is gedekt, de verzekerde elke daarbij betrokken verzekeraar kan aanspreken, zolang hij maar niet teveel ontvangt.

Het arrest van 12 april 1985 laat zich alleen uit over de verhouding tussen de verzekerde en de twee betrokken verzekeraars, niet over de onderlinge verhouding tussen de betrokken verzekeraars. Deze laatste verhouding nu is aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 13 december 1991. In dit arrest komt de vraag aan de orde of in een geval van dubbele verzekering de aangesproken verzekeraar regres heeft op de andere verzekeraar.

In het geval dat leidde tot de uitspraak van 1985 had de verzekeraar Holland, bij wie de eigenaar van de bij de schade betrokken auto het aansprakelijkheidsrisico had verzekerd, de schade aan het slachtoffer vergoed. Na de bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad sprak Amev, de rechtsopvolger van Holland, General Accident aan, bij wie het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurder van de auto krachtens een „rijbewijsverzekering" ook was gedekt. General Accident bestreed het bestaan van een regresrecht van de betaald hebbende verzekeraar.

De Hoge Raad geeft een principiële uitspraak. Het is een eis van redelijkheid en billijkheid dat de ene aansprakelijkheidsverzekeraar die op verzoek van de verzekerde, of van de benadeelde van artikel 6 WAM, de geleden schade heeft vergoed, verhaal moet kunnen nemen op een andere aansprakelijkheidsverzekeraar op wie ook de verplichting tot het vergoeden van deze schade rustte, zodat ook hij zijn deel draagt. Deze regel wordt voor het komende recht voorgesteld (art. 7.17.2.24a NBW) maar ontbreekt in de huidige wetgeving. Niettemin moet het bestaan van een onderling regresrecht ook voor het huidige recht worden aanvaard, omdat zulks past in het

stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen. De Hoge Raad wijst daarbij met name op het bepaalde in artikel 1329 BW (oud) en op de regel die is aanvaard voor het geval dat verschillende personen elk uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor dezelfde schade.

Ook de stelling van General Accident dat een rijbewijsverzekering naar haar aard een subsidiair karakter draagt en pas dekking verleent indien de schade niet elders is gedekt, wordt door de Hoge Raad verworpen. Een verzekering verkrijgt slechts een subsidiair karakter door het opnemen van een zogenoemde „mits-niet-elders-gedekt"-clausule. Hiervan is in het onderhavige geval echter geen sprake.

2. Botsing van „tenzij elders gedekt"-clausules

HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 580, noot Mendel, Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij NV tegen Royal Nederland Verzekeringmaatschappij NV en Aannemingsbedrijf Van Lee BV

In de praktijk van de aansprakelijkheidsverzekeringen wordt tegenwoordig steeds vaker gebruik gemaakt van zogenaamde „tenzij elders gedekt"- of „na u"-clausules„. De aanwezigheid van dergelijke clausules leidt ertoe dat de ene polis in uitkeringsplicht prevaleert boven de andere.

„Tenzij elders gedekt"-clausules zijn te onderscheiden in zogenaamde „harde" en „zachte" clausules. Zachte clausules sluiten dekking uit indien en voor zover de schade onder een andere verzekering *is* gedekt, harde clausules sluiten aansprakelijkheid van de verzekeraar reeds uit indien en voorzover er enige andere verzekering is die dekking *zou bieden* als de onderhavige verzekering er niet was. Niet vereist is dus dat die andere verzekering daadwerkelijk dekking biedt. In bovenstaand arrest was sprake van een botsing tussen een harde en een zachte clausule.

Wat speelde in de onderhavige zaak?

Van Lee kreeg een opdracht voor de aanleg van een aantal leidingen en kabels en het uitvoeren van grond- en straatwerk bij de Sluisjesdijk in Rotterdam. Een gedeelte van die werkzaamheden -de heiwerkzaamheden- had van Lee in onderaanneming opgedragen aan Plieger. Bij de uitvoering van de werkzaamheden door Plieger ontstond schade aan een aantal panden. Het Hof zou vaststellen dat Plieger voor deze schade aansprakelijk was.

Van Lee had als hoofdaannemer voor het werk een AVB-polis afgesloten, waarop Plieger als onderaannemer was meeverzekerd. Plieger had ook zelf een verzekering afgesloten. Beide polissen bevatten een samenloopbepaling.

Art. 11 van de AVB-polis luidde:

> „Indien de aansprakelijkheid, welke onder deze verzekering is gedekt, tevens is gedekt op andere polis(sen), al dan niet van oudere datum, of daaronder gedekt zou zijn, indien deze onderhavige verzekering niet zou hebben bestaan, dan loopt deze onderhavige verzekering slechts als excedent boven

de dekking die onder de andere polis(sen) is verleend of verleend zou zijn, indien deze onderhavige verzekering niet zou hebben bestaan".

Art 13 van de door Plieger afgesloten verzekering luidde:

„Niet gedekt is de aansprakelijkheid voor schade die tevens onder enige andere verzekering is gedekt. Niettemin zal de maatschappij zorg dragen voor behandeling respectievelijk eventuele vergoeding van een dergelijke schade, alsof de andere verzekering niet zou hebben bestaan, zulks evenwel uitsluitend na schriftelijk verzoek daartoe van verzekeringnemer en tegen overdracht van alle rechten die een verzekerde tegenover de andere verzekeraar(s) kan doen gelden.

Uiteindelijk vergoedde de verzekeraar van Plieger, Nationale Nederlanden, de eigenaren van de beschadigde panden de schade. Vervolgens dagvaardde Nationale Nederlanden Van Lee en haar verzekeraar, Royal Nederland.

Uit de bovenvermelde tekst van de twee samenloopbepalingen blijkt dat de bepaling van Nationale Nederlanden als een „zachte" en die van Royal Nederland als een „harde" moet worden aangemerkt. Algemeen werd reeds in de literatuur aangenomen dat in dergelijke gevallen de „zachte" clausule moet wijken voor de „harde" clausule. In de jurisprudentie was een dergelijke casus echter nog niet aan de orde geweest.

In bovenstaand arrest onderschrijft de Hoge Raad de gedachte „dat bij samenloop van een verzekering met een „zachte" samenloopclausule en een verzekering met een „harde" samenloopclausule slechts de eerstgenoemde dekking geeft".

In het onderhavige arrest komt de Hoge Raad niet toe aan bespreking van de stelling dat in geval van samenloop van een „algemene" verzekering en een andere, specifiekere verzekering deze laatste zonder meer moet voorgaan. Het Hof leek hiervoor te voelen. Met annotator Mendel neig ik naar een ander oordeel. Nu de wet hierover niets bepaalt zullen de polisvoorwaarden duidelijk moeten maken of een specifieke verzekering voor een meer algemene gaat.

Overigens kan nog worden opgemerkt dat onder het huidige recht de hoofdaannemer krachtens artikel 6:171 BW aansprakelijk is indien sprake is van aansprakelijkheid van de onderaannemer. Nu de schade was ontstaan in 1986 was in deze zaak nog het voor 1 januari 1992 geldende recht van toepassing, zodat artikel 6:171 BW Nationale Nederlanden niet kon helpen.

VII. POLISVOORWAARDEN

1. Uitleg van polisvoorwaarden

Bij dit onderwerp bedenke men dat de uitleg van overeenkomsten, en dus ook de uitleg van bedingen in een verzekeringspolis, is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt; de Hoge Raad toetst slechts de begrijpelijkheid van dit oordeel.

HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 778, noot Mendel, Nationale Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij en Van Wijnen Engineering BV tegen Gräffner Assurantiën CV

HR 8 juli 1993, *NJ* 1994, 210, noot Mendel, J.Th.A.M. Hogenboom tegen Unigarant NV

In de eerste zaak (Gräffner) had Van Wijnen scheuren in woningen veroorzaakt. Haar W.A.-verzekeraar, Nationale Nederlanden, had deze schade vergoed en zocht regres op Gräffner, bij wie Van Wijnen een (jongere) CAR (Constructie All Risks) verzekering had gesloten. De regel van art. 277 WvK (de tweede verzekering is nietig voor zover het belang reeds bij de eerste verzekering was gedekt) geldt niet bij aansprakelijkheidsverzekeringen (HR 12 april 1985 *NJ* 1985, 867, Korstanje I).

Twee moeilijk met elkaar te verenigen polisclausules stonden in deze zaak centraal. Ten eerste art. 23 van de CAR-polis dat o.a. bepaalde: „Voorzover nodig in afwijking van art. 277 WvK zijn schaden, die onder enige andere polis gedekt zijn, indien deze polis niet zou hebben bestaan, uitdrukkelijk van deze verzekering uitgesloten. Assuradeuren zullen in zodanig geval slechts aansprakelijk zijn, voorzover de schade niet onder zulk een andere polis is gedekt." Ten tweede art. 7 van een bij de CAR-polis behorend memorandum, luidend: „Overeengekomen is dat Assuradeuren van deze verzekering in geval van schade en/of verlies verzekerd onder deze polis, ook indien deze schade en/of verlies op een andere verzekering verhaalbaar zou zijn, tot uitkering van de schade zullen overgaan als zou zulk een andere verzekering niet bestaan." Nationale Nederlanden trachtte de voor haar regrespogingen nadelige „tenzij elders gedekt" clausule van art. 23 van de CAR-polis zoveel mogelijk weg te redeneren.

Het hof te Amsterdam verijdelde deze pogingen echter en interpreteerde art. 23 en art. 7 in hun onderlinge samenhang aldus dat de „tenzij elders gedekt" clausule van art. 23 wel werkte tegen andere verzekeraars maar — door het bepaalde in art. 7 — niet tegen de verzekerde. De Hoge Raad achtte dit oordeel van het hof niet onbegrijpelijk en onderschreef ook diens oordeel dat artikel 23 niet alleen geldt voor eigenlijke samenloop maar ook voor oneigenlijke, in de woorden van de Hoge Raad: „dus voor het geval dat onder de ene polis sprake is van schade aan het werk en onder de andere van een aansprakelijkheid voor het veroorzaken van de schade."

De tweede uitspraak (Hogenboom) betrof een geval waarin Hogenboom beweerde dat hij door een ongeval blijvend invalide was geworden (functiestoornis rechterschouder en -arm). Zijn reisverzekeraar stelde daar tegenover dat Hogenbooms toestand niet het gevolg was van een ongeval als bedoeld in de polisvoorwaarden maar veroorzaakt werd door een psychische stoornis (conversie-hysterie). In de procedure probeerde Hogenboom aan te haken bij de — op het punt van causaliteit voor slachtoffers zeer gunstige — rechtspraak van de Hoge Raad inzake overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen. Vergelijk het in de Angelsaksische literatuur te vinden ada-

gium: the tortfeasor takes the victim as he finds him. De Hoge Raad wees de aanhaakpoging af en onderstreepte dat causaliteit tussen daad en schade in het kader van wettelijke aansprakelijkheid iets heel anders is dan de door de verzekeringsovereenkomst gevergde causaliteit tussen ongeval en bovengenoemde functiestoornis. Als over dit laatste geschil bestaat, aldus de Hoge Raad, komt het aan op uitleg van die overeenkomst.

2. Uitleg van een polisbeding in het nadeel van de verzekeraar?

HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 760, J.E.M.L. Brackel tegen Atlantische Unie van Verzekeringen NV (UNAT)

Brackel heeft een „woongarantieverzekering" bij UNAT afgesloten die haar aanspraak gaf op een periodieke uitkering ingeval en voor zolang zij na een bepaald tijdstip werkloos zou raken. De overeenkomst bevatte onder meer de volgende clausules: „Art. 1. Verzekerd belang. De verzekeraars verplichten zich tot uitkering van schade, indien verzekerde zijn/haar betrekking onvrijwillig verliest als gevolg van de onder deze verzekering gedekte risico's (...) Art. 2. Gedekte risico's. Verzekerde heeft de mogelijkheid zich te verzekeren tegen werkloosheid of werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. (...) 1. Werkloosheid. Van schade ten gevolge van werkloosheid in de zin van deze verzekering is sprake, indien verzekerde voor meer dan 50% uitkering in aanmerking komt volgens de richtlijnen van de WW, de WWV (...)". Brackel heeft haar dienstverband met haar werkgeefster beëindigd in verband met het feit dat haar echtgenoot in plaats van in Amsterdam in Limburg ging werken; zij is dientengevolge werkloos geworden en vorderde uitkering. UNAT voerde daartegen aan dat Brackel niet onvrijwillig werkloos was geworden zoals bedoeld in de polis.

De rechtbank heeft de vordering van Brackel afgewezen, en het hof heeft dit vonnis bekrachtigd, van oordeel dat, nu van ontslag op initiatief van de werkgeefster geen sprake was, de omstandigheid dat Brackel een WW-uitkering heeft ontvangen, niet meebracht dat haar werkloosheid zou moeten worden aangemerkt als onvrijwillig in de zin van de polis.

Tegen dit oordeel kwam Brackel in cassatie op, echter tevergeefs: de HR achtte het niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd. Het hof heeft het begrip „onvrijwillig", als bedoeld in art. 1 van de polis, kennelijk aldus opgevat dat daarvan slechts sprake is bij ontslag op initiatief van de werkgever, zodat een opzegging op initiatief van de verzekerde, noodzakelijk geworden door de verhuizing naar Limburg, niet leidt tot een onvrijwillig verlies van betrekking in de zin van de polis. Voorts faalde eveneens het in de klacht aangevoerde gezichtspunt dat bij twijfel over de uitleg van een verzekeringsvoorwaarde, die voorwaarde in het nadeel van de verzekeraar dient te worden uitgelegd. De HR herhaalde (het was al eerder beslist) dat „het hierbij slechts gaat om een algemeen gezichtspunt dat bij de beoordeling door de feitenrechter van de uit te leggen overeenkomst naar gelang van de omstandigheden mag meewegen".

3. In de polis bedongen verplichtingen van de verzekerde

HR 19 januari 1990, *NJ* 1990, 780, noot Mendel, Westermij BV, voorheen geheten Amfas Vastgoed BV tegen Zwolsche Algemeene Schadeverzekering NV

HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 285, noot Mendel, A.J.W. Trouwborst tegen Tollenaar & Wegener

Amfas had onder meer bij de Zwolsche Algemene (ZA) enkele opstallen tegen brand verzekerd. In de polis was onder meer opgenomen het beding: „Garantie. ... Zodra er een nieuwe bestemming aan de panden wordt gegeven, dienen assuradeuren hiervan onmiddellijk in kennis te worden gesteld, waarna premies en condities van de verzekering opnieuw zullen worden vastgesteld". Een deel van het pand is in onderhuur gegeven aan Big Bananas, een winkel annex snackbar (met frituuroven) in fruit en frites. Korte tijd later is het verzekerde pand door onbekende oorzaak geheel afgebrand. ZA weigerde uitkering met een beroep op bovengeciteerde „garantie", aangezien kennisgeving van de vestiging van Big Bananas niet had plaatsgehad.

De rechtbank was van oordeel dat weliswaar Amfas op grond van de „garantie" gehouden was assuradeuren onmiddellijk in kennis te stellen van alle wijzigingen in de bestemming (en het feitelijk gebruik) van het pand, maar dat niettemin Amfas zich niet te goeder trouw op de „garantie" zou kunnen beroepen indien zou komen vast te staan dat de oorzaak van de brand geen verband zou houden met de vestiging van Big Bananas. Dit laatste mocht Amfas bewijzen.

Het hof heeft dit vonnis vernietigd en Amfas haar vordering ontzegd. Het heeft de clausule aldus uitgelegd dat assuradeuren na bestemmingswijziging ontheven zijn van het risico, indien de verzekerde melding achterwege heeft gelaten en assuradeuren daardoor zich niet hebben kunnen uiten over de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden zij de verzekering van het risico wensen voort te zetten. Voorts heeft het hof uit de clausule afgeleid — naar het oordeel van de HR — dat assuradeuren zich te dien aanzien vrijheid van beleid en waardering hebben voorbehouden. Deze uitlegging achtte de HR niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd. Hetzelfde gold voor 's hofs oordeel dat Amfas in beginsel geen beroep op de verzekering kon doen, nu het hof (kennelijk) als vaststaand had aangenomen dat, ware de bestemmingswijziging tijdig aan Amfas meegedeeld, zij de verzekering niet, althans niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben voortgezet (vergelijk art. 293 WvK). Het cassatiebroep is verworpen.

In de zaak Trouwborst tegen Tollenaar & Wegener (T&W) heeft Trouwborst, exploitante van het café Brooklynbar te Rotterdam (Katendrecht), in 1983 resp. 1985 door het intermediair van de assurantietussenpersoon Kievit Assurantiën met T&W twee brandverzekeringen afgesloten. Van die verzekeringsovereenkomsten maakten onder meer deel uit een bekendheids-

clausule, en de volgende bedingen: „1. Garanties. Indien ingeval van schade blijkt, dat niet aan de hierna genoemde garanties is voldaan, verliest verzekerde alle recht op schadevergoeding, tenzij verzekerde bewijst, dat de schade hierdoor niet veroorzaakt of vergroot werd. (...) 6. Elektrische installatie (Garantie). De elektrische installatie moet voldoen aan de norm NEN 1010 (...) en aan de aansluitvoorwaarden van het stroomleverend bedrijf. Tenminste eenmaal per 3 jaar moet een elektrotechnisch bureau controleren of de installatie hier nog aan voldoet."

In september 1986 is brand uitgebroken in het pand, waarbij een schade van ca. *f*200.000,- is ontstaan.

T&W weigerden uitkering, stellend dat Trouwborst de geciteerde clausule niet was nagekomen, aangezien de elektrische installatie van het pand voor het laatst was gekeurd door het GEB in 1961, en niet was gecontroleerd of de installatie aan de norm NEN 1010 voldeed. Trouwborst echter heeft de clausule aldus begrepen, dat de controle diende te worden uitgevoerd binnen drie jaar nadat de garantie van toepassing was geworden, en die drie jaren waren ten tijde van de brand nog niet verstreken.

De rechtbank heeft zich bij deze uitleg van het beding door Trouwborst aangesloten, onder meer ook gelet op het bekendheidsbeding.

Het hof echter heeft de vorderingen van Trouwborst afgewezen.

Twee klachten van Trouwborst zijn van belang. In de eerste is erop gewezen dat de garantieclausule afkomstig was van een professionele verzekeraar, en dat daarom in het algemeen moet worden gekozen voor de uitleg die voor de niet-professionele verzekerde het minst bezwarend is (vergelijk bovenvermeld arrest Brackel/UNAT). Hierbij werd echter, naar het oordeel van de HR, miskend dat het hof, voldoende gemotiveerd, de clausule in redelijkheid niet voor meer dan één uitleg vatbaar had geacht.

De tweede klacht bevatte de stelling dat, naar eisen van redelijkheid en billijkheid, de verzekeraar de betekenis van een voor de verzekerde bezwarende garantieclausule aan de verzekerde duidelijk behoort te maken. Ook deze klacht faalde: de HR besliste dat het afhangt van de omstandigheden van het geval, in hoeverre een verzekeraar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot het doen van mededelingen omtrent de betekenis van een dergelijke clausule gehouden is.

In beide bovenvermelde zaken ging het om de uitleg van door de verzekeraar opgestelde polisbedingen, welke de verzekerde een bepaalde verplichting oplegden (melding van een bepaald feit, laten controleren van een installatie), en wel op straffe van verval van dekking.

En in beide gevallen is inderdaad de verzekerde, die deze verplichting niet was nagekomen, met lege handen naar huis gestuurd. Dit behoeft niet onredelijk of onbillijk te zijn, op voorwaarde dat de verzekerde niet alleen heeft geweten welke plichten het beding hem oplegde, maar vooral ook duidelijk heeft beseft welke de gevolgen zouden zijn als hij die plichten niet zou nakomen, te weten: dat hij dan in feite niet langer verzekerd is.

Ook een niet-professionele verzekeringnemer zal, dunkt mij, wel beseffen dat zijn recht op uitkering gevaar loopt indien hij zijn premie niet betaalt, maar de vraag is of men ook ten aanzien van allerlei in polisbedingen neergelegde verplichtingen dit besef wel zonder meer aanwezig mag veronderstellen?

Onlangs heeft de Hoge Raad deze vraag ontkennend beantwoord in een zaak betreffende (onder meer) een polisclausule waarin de verzekeraar een vervaltermijn voor zich had bedongen: HR 12 januari 1996, *RvdW* 1996, 31 C, F.J. Kroymans tegen Sun Alliance Verzekering NV.

Het ging om een polisbeding in een brandverzekering dat luidde: „Binnen 6 weken nadat het schadecijfer bindend is vastgesteld zal door de maatschappij de schadevergoeding betaald worden, tenzij zij binnen die tijd aan verzekerde schriftelijk heeft kennisgegeven, dat zij haar aansprakelijkheid tot vergoeding van de schade betwist. Alle recht op schadevergoeding is vervallen, indien niet binnen 6 maanden nadat de betaling der schadevergoeding door de maatschappij is geweigerd, een rechtsvordering is ingesteld ...". Een bedrijfshal is, kort vóórdat Kroymans er eigenaar van is geworden, in augustus 1987 door brand volledig verwoest. In een schrijven van 13 september 1988 weigerde Sun Alliance (hierna: S.A.) uitkering van schadevergoeding wegens een vermoeden van brandstichting door of vanwege de verzekerde. Bij dagvaarding van 30 januari 1991 heeft Kroymans betaling van de verzekeringspenningen gevorderd. S.A. heeft zich verweerd met een beroep op bovengeciteerd beding. Kroymans heeft daartegen aangevoerd dat een beroep op dit beding in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, nu S.A. in genoemd schrijven niet had vermeld dat de vervaltermijn op het tijdstip van haar weigering een aanvang nam. Rechtbank en hof hebben het verweer van S.A. als juist aanvaard, en de A.-G. Bloembergen heeft, gezien de omstandigheden van het geval (vergelijk art. 6:2 lid 2 BW) geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De HR echter besliste anders, en wel op grond van de volgende overwegingen.

Overeenkomstig het in art. 3:12 BW bepaalde moet bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen rekening worden gehouden met — onder meer — de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Nu bestaat er grond om voor de inhoud van de op het onderhavige punt in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het standpunt dienaangaande van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf, zoals dit tot uitdrukking komt in diens uitspraken. Dit standpunt luidt als volgt. Een beroep op een polisbeding met een vervaltermijn zoals hier aan de orde kan alleen dan worden aanvaard, indien de verzekeraar bij zijn weigering om te betalen op niet mis te verstane wijze heeft meegedeeld dat hij een beroep op de vervaltermijn zal doen indien de vordering niet binnen die termijn aanhangig is gemaakt. (En zulks ongeacht of de begunstigde door een advocaat werd bijgestaan!). Daar een en ander in casu niet was meegedeeld, werd 's hofs arrest vernietigd en de zaak naar een ander hof verwezen.

HR 17 mei 1991, *NJ* 1991, 504, W.J. Kersbergen tegen O.W.J. Schlencker Assuradeuren BV

HR 11 januari 1991, *NJ* 1991, 271, H.M.C. van de Wijngaard tegen W. Haagman & Co. BV

De eerstgenoemde zaak betrof een reisverzekering, welke Kersbergen voor zijn vliegreis van Schiphol naar Spanje met OWJS had afgesloten. Eén van de polisvoorwaarden hield in: „OWJS is niet tot schadevergoeding gehouden, indien de verzekerde niet de normale voorzichtigheid tegen diefstal en verlies (...) heeft betracht. Van normale voorzichtigheid kan onder meer niet worden gesproken wanneer foto-, film- en geluidsapparatuur, sieraden, horloges (enz.), onbeheerd worden achtergelaten anders dan in een duidelijk afgesloten ruimte (waaronder niet wordt verstaan een vervoermiddel). ...". Kersbergen heeft een videokoffer, inhoudend een JVC videomovie met accessoires, een Seiko dameshorloge, een Seiko herenhorloge en een gouden ketting met bedels, niet als handbagage meegenomen, maar bij het inchecken als ruimbagage afgegeven. Na aankomst in Spanje bleek de koffer met inhoud verloren of gestolen, en Kersbergen heeft tegen OWJS een schadeclaim ingesteld. Assuradeuren weigerden betaling, als verweer aanvoerend dat Kersbergen, door de videokoffer met inhoud als ruimbagage te laten vervoeren, niet de normale voorzichtigheid als bedoeld in bovenvermelde polisvoorwaarden heeft betracht: hij had de koffer als handbagage dienen te vervoeren.

Anders dan de rechtbank heeft het hof dit verweer aanvaard. Het heeft in aanmerking genomen dat het een als zodanig herkenbare, in omvang niet grote videokoffer betrof met een kostbare inhoud, die zonder bezwaar als handbagage meegenomen had kunnen worden, en voorts dat bij vervoer van zo'n koffer als handbagage de risico's van diefstal en verlies aanzienlijk geringer zijn — de koffer blijft dan immers binnen hand- c.q. oogbereik van de verzekerde — dan bij vervoer als ruimbagage, waar de koffer via bagageband en/of bagageplatform en/of bagagelorry door vele handen zal gaan.

De HR heeft het beroep verworpen, van oordeel dat het betoog van Kersbergen tevergeefs opkomt tegen 's hofs feitelijke, niet onbegrijpelijke en voldoende gemotiveerde uitlegging van de polis. Ook in deze zaak werden dus assuradeuren in het gelijk gesteld.

In de zaak Van de Wijngaard/Haagman echter sloeg de weegschaal van de HR door naar de zijde van de verzekerde. Het ging hier om een kostbaarhedenverzekering, door Van de Wijngaard afgesloten met Haagman, waarop onder meer van toepassing was het beding: „Uitgesloten is schade ontstaan: c. door (...) grove schuld (...) dan wel veroorzaakt door een gedrag van verzekeringnemer, drager of gebruiker, dat wezenlijk afwijkt van hetgeen redelijkerwijs „als goed huisvader" van verzekeringnemer, drager of gebruiker verwacht mag worden". In februari 1984 was Van de Wijngaard in het Euromotel; zij was van plan die dag in Amsterdam een modeshow te

bezoeken. Als voorzorg tegen een eventuele beroving had zij haar oorbellen en ringen afgedaan en in haar handtasje geborgen. Nadat zij zich in de toiletruimte van het motel even had opgefrist, heeft zij het tasje in die ruimte laten staan. Na enkele minuten heeft zij dit ontdekt en is teruggegaan, maar de tas met sieraden ter waarde van *f*49.000,- bleek inmiddels verdwenen te zijn.

De vordering van Van de Wijngaard ter verkrijging van polisdekking voor de door haar geleden schade is door de rechtbank afgewezen, het hof heeft dit vonnis bekrachtigd, en de conclusie van de Adv.-Gen. strekte tot verwerping van het beroep. De HR echter heeft 's hofs arrest vernietigd en de zaak naar een ander hof verwezen.

Het hof had vooropgesteld dat Van de Wijngaard, gelet op de waarde van de sieraden, een meer dan normale voorzichtigheid diende te betrachten ten aanzien van het tasje met de sieraden; „Van de Wijngaard en haar tasje met kostbare inhoud hadden onafscheidelijk behoren te zijn". Het feit dat zij de ruimte zonder het tasje had verlaten en eerst na een aantal minuten is teruggekeerd, „terwijl niet is gebleken van enige omstandigheid van belang die haar aandacht afleidde" betekende een duidelijke inbreuk op de door haar in acht te nemen zorgvuldigheid, hetgeen een wezenlijke afwijking opleverde van hetgeen redelijkerwijs van haar als „goed huisvader" verwacht mocht worden in de zin van bovenvermelde verzekeringsvoorwaarden. Aldus het hof.

De HR achtte, mèt het cassatiemiddel, 's hofs arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed, daar zonder nadere motivering niet begrijpelijk was waarom de polis geen dekking zou verlenen. „De aard van een kostbaarhedenverzekering als deze, die ook dekking verleent tegen verlies, brengt immers mede dat zij in beginsel ook dekking verleent tegen schade die het gevolg is van een moment van onbedachtzaamheid".

Ging het in het bovenstaande voornamelijk om de vraag of de verzekeringnemer wel aan zijn contractuele verplichtingen had voldaan, in de nu volgende zaken waren het de verzekeraars die, met een beroep op de overeengekomen omvang van de dekking en op gebruiken en opvattingen ter beurze, (tevergeefs) betwistten dat zij tot uitbetaling verplicht waren. Beide zaken betroffen aansprakelijkheidsverzekeringen:

HR 3 september 1993, *S & S* 1994, 14, Nieuw Rotterdam Schade NV tegen BV Zeehavenbedrijf Dordrecht

HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 358, 1. H.J. Roelofs Assuradeuren BV en vijf andere maatschappijen tegen J.W. van Soest & Zonen CV

Zeehavenbedrijf Dordrecht (ZHD) had onder meer met Nieuw Rotterdam een verzekering gesloten tot dekking van het nadeel dat zou ontstaan indien ZHD terecht of ten onrechte op grond van wet of overeenkomst aansprakelijk zou worden gesteld voor schade, voortvloeiend uit haar activiteiten onder meer bij het op- en/of overslaan van goederen. Ook proceskosten en kosten

van rechtsbijstand terzake van onder de verzekering gedekte aansprakelijkheid vielen onder de dekking. In 1986 heeft ZHD een partij van ca. 17.500 ton industriegips, afkomstig van Joh. A. Benckiser GmbH, in opslag genomen op een aan JCO toebehorend terrein te Klundert, dat ZHD krachtens overeenkomst in gebruik had. Dit gips bleek later chemisch afval te zijn, en de gemeente Klundert, de Staat en JCO hebben zich tot ZHD gericht onder andere met het gebod het afval, ook voor zover reeds in de bodem verdwenen, te verwijderen. Daartoe veroordeeld op vordering van ZHD heeft Benckiser op eigen kosten het gips verwijderd en de vervuilde grond afgevoerd. De proceskosten en de kosten van rechtsbijstand in haar geschil met Benckiser ad *f* 312.485,59 heeft ZHD van assuradeuren gevorderd op grond van de proceskostenclausule in de aansprakelijkheidsverzekering. Assuradeuren hebben bestreden dat sprake was van een gebeurtenis die onder de dekking van de verzekering viel, en de rechtbank was het daarmee eens.

Het hof echter was van oordeel dat het schadeveroorzakende evenement was het feit dat ZHD een partij gips, dat later chemisch afval bleek te zijn, in opslag heeft genomen, dat zij op die grond aansprakelijk is gesteld door de gemeente, de Staat en JCO, dat dit een risico is waartegen de polis dekking geeft, en dat dus ook de kosten van proces en rechtsbijstand voor vergoeding in aanmerking komen. Voorts heeft het hof, naar de HR begreep, de inhoud van de verzekeringsovereenkomst aldus uitgelegd dat deze een zo ruime dekking bood dat zij het risico van aansprakelijkheid omvat ongeacht de grondslag van de aansprakelijkheid. Daarom achtte de HR het oordeel van het hof niet ontoereikend gemotiveerd, ook al had het hof niet vastgesteld of eventuele aansprakelijkheid van ZHD berustte op het niet nakomen van een verbintenis, dan wel op het plegen van een onrechtmatige daad, of op een andere grond.

Een andere klacht in cassatie betrof 's hofs verwerping van het aanbod van Nieuw Rotterdam tot bewijs van de „gebruiken en opvattingen" ter beurze. De HR was van oordeel dat het hof het bewijsaanbod als niet terzake dienende heeft mogen verwerpen, aangezien het er terecht van is uitgegaan dat gebruiken en opvattingen ter beurze niet afdoen aan hetgeen uitdrukkelijk, mogelijk in afwijking van die gebruiken, tussen personen is overeengekomen. Het cassatieberoep is dan ook verworpen.

In de tweede zaak lagen de feiten als volgt. Van Soest had in 1984 een expediteursaansprakelijkheidsverzekering lopen bij Roelofs c.s. In mei en juni van dat jaar heeft zij een aantal partijen rabarber ter invriezing en opslag aangenomen van De Leeuw. Eind juni bleek een deel van de rabarber niet bevroren en (dus) bedorven te zijn, waardoor De Leeuw schade heeft geleden. Deze schade is in een expertiserapport, dat eind juli 1984 in opdracht van assuradeuren is uitgebracht, vastgesteld op ruim *f*400.000,-.

Men zou verwachten dat assuradeuren dit door hun eigen expert vastgestelde bedrag zouden hebben uitgekeerd, waarmee de zaak zou zijn afgedaan, maar niet aldus: in november hebben zij aangeboden 50% van de schade te vergoeden. Dit aanbod is geweigerd. Van Soest heeft in december het (hele)

bedrag zelf aan De Leeuw uitgekeerd en vervolgens assuradeuren aangesproken tot betaling van het schadebedrag plus kosten.

De rechtbank heeft Van Soest toegelaten te bewijzen dat, en in welke mate zij jegens De Leeuw aansprakelijk was voor de schade. In hoger beroep hebben assuradeuren zich beroepen op een beursgebruik, inhoudend dat bij een verzekering als de onderhavige de aansprakelijkheid uitsluitend kan worden vastgesteld in een procedure tussen gelaedeerde en de verzekerde. Zij achtten Van Soest niet ontvankelijk in haar vorderingen, daar door haar erkenning en betaling aan De Leeuw haar aansprakelijkheid niet meer op „de juiste en gebruikelijke wijze" kon worden vastgesteld. Het hof was van oordeel dat een beroep op een dergelijk beursgebruik (dat in casu hetzelfde effect zou hebben als een vervalbeding in een polis) slechts is toegestaan indien assuradeuren stellen en aannemelijk maken dat zij door het optreden van Van Soest in hun processuele positie ernstig zijn benadeeld. En hiervan was naar het oordeel van het hof geen sprake: het (uitvoerige) rapport van de door assuradeuren ingeschakelde expert was immers uitgebracht in juli, lang vóór de gewraakte handelingen van Van Soest. Ook heeft het hof nog gewezen op de coulanceclausule in de polis die Van Soest een ruime mate van vrijheid van handelen toestond, en op het onmiskenbare belang van Van Soest bij dekking onder de polis.

Deze overwegingen van het hof heeft de HR samengevat in het oordeel, dat in het onderhavige geval het beroep van assuradeuren op het door haar bedoelde beursgebruik naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden en daarom moet worden verworpen (vergelijk art. 6:2 lid 2 BW).

4. Beroep op polisvoorwaarden in strijd met redelijkheid en billijkheid?

HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 526, De Verenigde Onderlinge Schadeverzekeringsmaatschappij OTOS UA tegen Jan Jonkman

HR 22 mei 1992, *NJ* 1993, 381, noot Mendel, Modehuis „La Comtesse" BV e.a. tegen Nieuw Rotterdam Schade NV

Art. 6:248 lid 2 BW luidt sinds 1 januari 1992: „Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn."

In het OTOS-geval had de verzekeraar geweigerd de waterschade aan een woning te vergoeden. Zij had dit standpunt bepaald zonder de opvatting van de verzekerde Jonkman te kennen en had vervolgens een prompte reactie van de verzekerde zo lang onbeantwoord gelaten dat inmiddels de in de polis voorkomende vervaltermijn was verstreken. Het hof te Leeuwarden oordeelde dat OTOS zich niet te goeder trouw (dat wil zeggen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) op het verstreken zijn van de vervaltermijn kon beroepen omdat die termijn anders zou worden gehanteerd als een

valkuil voor de verzekerde. Het tegen dit oordeel aangevoerde cassatiemiddel werd door de HR aldus verworpen: „het miskent dat iedere tussen pp. als gevolg van een overeenkomst geldende regel, dus ook een vervaltermijnclausule, niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn."

In de zaak „La Comtesse" was de verzekeraar (uitgebreide verzekering voor winkels en bedrijven) bereid de verzekerde som te verhogen op voorwaarde dat bepaalde preventieve voorzieningen werden getroffen. Als later in het winkelpand wordt ingebroken blijkt dat niet alle overeengekomen preventieve maatregelen genomen zijn. De verzekerde bestrijdt de weigering tot uitkering van de verzekeraar met de stelling dat diens beroep op het ontbreken van afgesproken preventieve maatregelen (o.a. het aanbrengen van een afsluitbare cylindergrendel aan de achterdeur) in strijd is met de redelijkheid en billijkheid omdat die maatregelen, als zij genomen waren, geen enkel effect zouden hebben gesorteerd. Het Haagse hof meende echter dat de afsluitbare cylindergrendel in het onderhavige geval „niet geheel zonder zin was" omdat zo de uitbraak van de inbrekers met de buit door de achterdeur kon worden bemoeilijkt. Was dat voldoende om het verwijt aan het adres van de verzekeraar (strijd met redelijkheid en billijkheid) te ontkrachten? De Hoge Raad meende van wel. Aan de hand van dit arrest en eerdere arresten van de Hoge Raad vat annotator Mendel het antwoord van de Hoge Raad op de vraag: wanneer beletten de redelijkheid en billijkheid dat een verzekeraar uitkering weigert in het geval dat de verzekerde heeft verzuimd afgesproken preventieve maatregelen te nemen?, voorzichtig als volgt samen: a. het gaat om de omstandigheden van het concrete geval; b. vereist maar dan ook voldoende is dat de nagelaten preventieve maatregel in het concrete geval enig nut *kon* hebben; c. uit b. vloeit al voort dat voor de verzekeraar geen beletsel is dat in concreto causaal verband tussen het ontbreken van de afgesproken voorziening en de schade niet bestaat; d. voldoende is dat de voorziening gericht was tegen het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt.

VIII. AUTOVERZEKERING TEGEN DIEFSTAL, BEWIJSLAST

HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 141, J.G. Krassenburg tegen NV Maatschappij van Assurantie, Discontering en Beleening der Stad Rotterdam Anno 1720

Wie moet bij verzekering van een auto tegen diefstal wat bewijzen: de verzekerde dat er sprake is van diefstal of de aangesproken verzekeraar dat er geen sprake is van diefstal? Op 25 april 1990 botste Krassenburg met zijn auto frontaal op een paal. Deze schade viel niet onder de door Krassenburg bij Stad Rotterdam gesloten verzekering. Later stelde Krassenburg dat zijn — volgens hem inmiddels herstelde — auto op 13 mei 1990 was gestolen. Op 27 juni vond de politie de auto terug bij een autosloperij met een niet herstelde schade aan de voorkant van zodanige aard dat deze zeer wel

zou kunnen zijn ontstaan bij de botsing op 25 april 1990. De verzekeraar betwistte dat de auto was gestolen. Over de bewijslast zei de Hoge Raad dat op de beweerdelijk bestolene „de bewijslast rust van zijn stelling dat de diefstal heeft plaatsgevonden, ingeval de verzekeraar die stelling gemotiveerd betwist. Dit is niet anders indien de dief niet kan worden opgespoord." Ook in een dergelijk geval „is bewijs van diefstal (..) zeer wel mogelijk, te weten door bewijs te leveren van feiten en/of omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat de gestelde diefstal heeft plaatsgevonden."

Het door de Hoge Raad gegeven oordeel is in overeenstemming met de in art. 177 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aldus geformuleerde hoofdregel van Nederlands bewijsrecht: „De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit."

IX. VERZEKERING TEGEN WETTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID

HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 397, J.L. van Noort tegen Centraal Beheer Schadeverzekering NV

HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 606, noot Mendel, gemeente Maastricht — Taxi Centrale Crals Maastricht BV

HR 3 september 1993, *NJ* 1993, 690, Nieuw Rotterdam Schade NV tegen BV Zeehavenbedrijf Dordrecht

In de eerste zaak ging het om een ongeval overkomen aan nachtwaker Van Noort, die daarbij hoofd- en rugletsel opliep. Zijn voor het ongeval gedeeltelijk aansprakelijke werkgever was bij Centraal Beheer verzekerd tegen wettelijke aansprakelijkheid. Het onderhavige geval was door deze verzekering gedekt. Toen zijn werkgever failliet was gegaan sprak Van Noort *rechtstreeks* Centraal Beheer aan. De Hoge Raad wees zijn cassatieberoep af constaterend dat zich hier niet het geval voordeed dat Van Noort op grond van gedragingen van Centraal Beheer redelijkerwijze mocht aannemen dat deze zich *jegens hem* aansprakelijk hield voor de vergoeding van zijn schade terzake van het ongeval. Evenmin was hier aan de orde, aldus de Hoge Raad, dat Centraal Beheer in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou handelen door zich aan verdere onderhandelingen terzake van de schadeclaim te onttrekken.

Het Cralsgeval bevat een antwoord op de volgende vraag: in hoeverre is schadeveroorzaker A gebonden tegenover de benadeelde derde B als A tot B een verklaring richt die B heeft opgevat en mogen opvatten als een verklaring dat A de beslissing omtrent zijn aansprakelijkheid overlaat aan zijn w.a. verzekeraar, en vervolgens deze verzekeraar A's aansprakelijkheid erkent?

In casu had de gemeente Maastricht aan Crals bericht dat Maastricht de beslissing omtrent haar aansprakelijkheid voor de verzakking van het pand

van Crals overliet aan haar w.a.-verzekeraar. Vervolgens had de w.a.-verzekeraar Crals medegedeeld „dat wij in principe aansprakelijkheid kunnen erkennen, doch dat post voor post bezien moet worden of er causaal verband bestaat." Toen de w.a.-verzekeraar niet bereid was de volle schade te vergoeden sprak Crals voor het restant de gemeente Maastricht aan. Deze ontkende tegenover Crals gebonden te zijn en beriep zich o.a. op dwaling: de verzekeraar zou haar erkenning op een ondeugdelijk expertiserapport hebben gebaseerd. De Hoge Raad stelde Maastricht echter in het ongelijk. Hij overwoog allereerst dat in gevallen als deze de derde (Crals) de w.a. verzekerde (Maastricht) aan de beslissing van de verzekeraar kan houden. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad: „Het antwoord op de vraag of deze verzekerde door de derde aan een vervolgens door die verzekeraar gedane erkenning kan worden gehouden in dier voege dat dan tussen hem (Maastricht, *M.*) en deze derde komt te gelden dat hij jegens de derde aansprakelijk is, hangt ervan af of de derde de verklaring van de verzekeraar heeft opgevat en in de gegeven omstandigheden heeft mogen opvatten als een door de verzekeraar tot hem gerichte verklaring die ertoe strekte dit rechtsgevolg tot stand te brengen." Vergelijk art. 3:35 BW Het beroep op dwaling werd afgewezen met als motivering „dat het rapport van de deskundige achteraf onjuist of ondeugdelijk wordt bevonden behoort krachtens de in het verkeer geldende opvattingen in de verhouding tot de derde voor rekening van de verzekeraar en diens verzekerde te komen." Deze motivering wijst op analogische toepassing van de artikelen 6:228 lid 2 en 6:216 BW op de onderhavige eenzijdige rechtshandeling (de erkenning). Dit is in overeenstemming met de wetsgeschiedenis (Parlementaire Geschiedenis Boek 3 p. 222).

De derde uitspraak — zie voor de feiten blz. 133, zij wordt voor het gemak ook hier nog even samengevat — betreft aansprakelijkheidsverzekering en milieuschade (opslag van gipsafval) en is om twee redenen van belang. Allereerst overweegt de Hoge Raad dat vaststaat dat de onderhavige dekking zo ruim was dat zij het risico van aansprakelijkstelling omvatte ongeacht de grondslag van de aansprakelijkheid en dat het hof daarom niet hoefde vast te stellen of de aansprakelijkheid van BV Zeehaven Dordrecht „berustte op het niet nakomen van een verbintenis dan wel op het plegen van een onrechtmatige daad, of op een andere grond." Verder gaf de Hoge Raad de opvatting van het hof met betrekking tot de invloed van gebruiken en opvattingen ter beurze als volgt weer: „Uitgaande van zijn oordeel dat in de onderhavige polis het risico van aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging voortvloeiend uit activiteiten van ZHD als op en/of overslagbedrijf welbewust niet is uitgesloten, heeft het hof geoordeeld dat geen aanleiding bestaat Nieuw Rotterdam toe te laten tot het bewijs van de „gebruiken en opvattingen ter beurze". Hierin lag volgens de Hoge Raad besloten dat het hof het bewijsaanbod als niet terzake dienende heeft verworpen en hij verenigde zich met dit oordeel.

Bij de „Benelux-overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen" van 1966 hebben België, Nederland en Luxemburg zich verbonden hun nationale wetgeving over dit onderwerp aan te passen aan de bij dat verdrag behorende „Gemeenschappelijke bepalingen". Dientengevolge zijn de drie wetgevingen op dit punt geharmoniseerd: zij zijn naar inhoud gelijk, behalve voor zover gebruik is gemaakt van in de overeenkomst voorziene afwijkingsmogelijkheden.

Tevens hebben de drie landen de genoemde Benelux-overeenkomst en de Gemeenschappelijke bepalingen aangemerkt als „gemene rechtsregels" in de zin van artikel 1 van het Verdrag van 1965 tot instelling van een Benelux-Gerechtshof. Dit betekent volgens artikel 6 van dat Verdrag, dat een lagere rechter die twijfelt over de uitleg van een nationale bepaling die overeenkomt met een Gemeenschappelijke bepaling, daarover een prejudiciële beslissing van het Benelux-Gerechtshof (BGH) kan uitlokken, terwijl de hoogste nationale rechtscolleges verplicht zijn dat in zo'n geval te doen.

Ook in de EG heeft harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten op dit gebied plaatsgevonden. De Raad van de Europese Gemeenschappen heeft enkele richtlijnen uitgevaardigd, die in Nederland hebben geleid tot aanpassing van de WAM aan die richtlijnen.

Met betrekking tot de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen is door het Benelux-Gerechtshof en de Hoge Raad een aantal arresten gewezen die terwille van de overzichtelijkheid aan de hand van de volgende categorieën zullen worden behandeld.

1. Het begrip „motorrijtuig"

BGH 30 november 1990, *NJ* 1991, 263, De Procureur-Generaal bij het Hof van Beroep te Luik tegen D.H.

De Benelux-overeenkomst behelst de verplichting tot het sluiten van een verzekering ter dekking van de aansprakelijkheid waartoe een motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven. Uiteraard is dan van belang wat onder „motorrijtuig" dient te worden verstaan.Artikel 1 eerste lid van de Gemeenschappelijke Bepalingen geeft de volgende definitie van motorrijtuigen: „rij- of voertuigen, bestemd om zich over de grond te bewegen en die door een mechanische kracht kunnen worden gedreven, zonder aan spoorstaven te zijn gebonden; al hetgeen aan het rij- of voertuig is gekoppeld, wordt als een deel daarvan aangemerkt".

Het laatste deel van deze definitie is van belang voor het bovengenoemde arrest. Hierin was sprake van een auto, waarvan de achterkant was geplaatst op een aanhangwagen — die weer werd getrokken door een vrachtauto — en waarvan de voorwielen op de grond rustten. Deze auto was niet verzekerd, de vrachtauto was wel rechtsgeldig verzekerd. De bestuurder van de vrachtauto werd vervolgd terzake van het in het verkeer brengen van een motorrijtuig,

terwijl de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe dat voertuig aanleiding kon geven niet was gedekt door een verzekering welke aan de bepalingen van de wet beantwoordde.

Het BGH krijgt de volgende vraag voorgelegd: „moet, wanneer een voertuig een aanhangwagen trekt waarop het achterste van een wagen staat, deze laatste geacht worden met het voertuig verbonden te zijn en derhalve als daarvan deel uitmakend worden aangemerkt in de zin van artikel 1 eerste en tweede lid van de Gemeenschappelijke Bepalingen"?

Het BGH overweegt dat het begrip „motorrijtuig" moet worden uitgelegd in het licht van het beginsel dat de verzekering voor alles een maatregel ter bescherming van benadeelden is. Nu een benadeelde het best wordt beschermd door aan te nemen dat een op een aanhangwagen geplaatste auto moet worden aangemerkt als deel van de aanhangwagen -die op zijn beurt krachtens meergenoemde bepaling deel uitmaakt van het voertuig- beantwoordt het BGH de haar voorgelegde vraag dan ook bevestigend.

De auto maakte dus deel uit van het verzekerde motorrijtuig en hoefde derhalve niet afzonderlijk te zijn verzekerd.

2. Omvang van de dekking van de verzekering

BGH 11 juni 1991, *NJ* 1992, 82, noot Mendel, Nationale Nederlanden Schadeverzekering Mij NV tegen Waarborgfonds Motorverkeer

BGH 30 november 1990, *NJ* 1991, 472, noot Mendel, Patrick Schons e.a. tegen Richard Lecok e.a.

BGH 26 juni 1989, *NJ* 1990, 763, noot Mendel, Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars tegen A. Potz en Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

BGH 21 december 1990, *NJ* 1991, 428, noot Mendel, NV Assurantie van de Belgische Boerenbond tegen NV Ford Tractor Belgium

BGH 8 december 1994, *NJ* 1995, 529, noot Mendel, Assurance Liégeoise tegen Adam-Mutualités Chrétiennes

BGH 30 november 1990, *NJ* 1991, 264, NV Groep Eaglestar-Brusselse Maatschappij 1821 tegen NV Cobeca

BGH 27 mei 1991, *NJ* 1991, 817 (inzake Hugues De Molder)

HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 316, noot Mendel, The General Accident Fire and Life Assurance Corporation tegen AMEV Schadeverzekering NV

Het is uiteraard bij het vaststellen van aansprakelijkheid (van de verzekeraar) van belang te weten welke situaties wel en welke niet onder de verplichte aansprakelijkheidsverzekering vallen. Bovenstaande uitspraken nu zijn daarom interessant omdat daarin elementen aan de orde komen aan de hand waarvan men kan afleiden welke feiten buiten de verzekering vallen. Aangezien de laatste jaren een groot aantal relevante arresten is gewezen, is bij de bespreking van deze arresten een volgorde gekozen die aansluit bij de volgorde der Gemeenschappelijke Bepalingen.

a. „Aan het verkeer deelnemen" (artikel 2, par. 1 eerste lid Gemeenschappelijke Bepalingen)

Artikel 3 WAM beperkt de voorgeschreven dekking expliciet tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig *in het verkeer* aanleiding kan geven. De woorden „in het verkeer" hebben regelmatig aanleiding gegeven tot procedures.

In zijn arrest van 23 oktober 1984, *NJ* 1986, 458 (H. Visser tegen Centraal Beheer Schadeverzekering NV) heeft het BGH een richtsnoer gegeven voor de omlijning van het verkeersrisico ten aanzien van motorrijtuigen die uitsluitend of mede dienen als werktuig voor andere verrichtingen dan het vervoer van personen en goederen over de weg. Bepalend is dan of de schade door het motorrijtuig is veroorzaakt op een wijze die karakteristiek is voor schadeveroorzaking door een motorrijtuig in het verkeer.

In het eerste bovenstaande arrest nu was sprake van een motorrijtuig waarmee een dief/bestuurder, over de openbare weg rijdend, de gevel van een juwelierszaak ramde teneinde zich aldus toegang tot die zaak te verschaffen. De vraag was nu of de schade verband hield met de deelneming van het motorrijtuig aan het verkeer als bedoeld in de Gemeenschappelijke Bepalingen.

Het BGH oordeelde dat, nu het niet ging om een motorrijtuig dat uitsluitend of mede is ingericht om als werktuig te dienen, een ander dan bovengenoemd criterium diende te gelden. Uitsluitend van belang is dat de schadeveroorzakende manoeuvre, op zichzelf beschouwd en los van de bedoelingen van de bestuurder, geacht kan worden verband te houden met de deelneming van het motorrijtuig aan het verkeer. Nu het ongeval zich hierdoor kenmerkte dat de schade werd veroorzaakt door de mechanische kracht van een motorrijtuig dat vanaf de openbare weg tegen een aan die weg gelegen pand is aangereden was het BGH van mening dat het veroorzaken van de schade verband hield met de deelneming van het motorrijtuig aan het verkeer.

Mendel merkt in zijn noot onder het arrest overigens op dat het BGH niet zo mag worden begrepen dat een motorrijtuig slechts aan het verkeer deelneemt als het door mechanische kracht wordt gedreven; ook stilstaande motorrijtuigen kunnen aan het verkeer deelnemen. Het zou volgens Mendel dan ook geen verschil hebben gemaakt „indien de jeep met uitgeschakelde motor, „freewheelend" over een vrij steil naar beneden voerende openbare weg de juwelierszaak had geramd,,. Ook dan zou hij aan het verkeer hebben deelgenomen.

b. „Een verzekering welke aan de bepalingen van deze wet beantwoordt" (artikel 2, par. 1 jo. artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen)

Motorrijtuigen worden slechts tot het verkeer op de openbare weg toegelaten indien de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe zij aanleiding kunnen geven, gedekt is door een verzekering welke aan de bepalingen van deze wet

beantwoordt; zie artikel 2, par. 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen. Handelen in strijd met dit voorschrift levert een strafbaar feit op. Dit vloeit voort uit artikel 8, par. 2 van de Benelux-overeenkomst en blijkt ook nog eens uit het tweede hierboven genoemde arrest.

Wanneer is echter sprake van een „verzekering welke aan de bepalingen van deze wet beantwoordt" en wat zijn de gevolgen van het niet voldoen aan deze bepalingen voor derden? Het belang van bovengenoemd arrest schuilt in de beantwoording van deze vragen.

Schons veroorzaakte een verkeersongeval met een motorrijtuig dat toebehoorde aan Lecok. Lecok's verzekeringspolis bevatte een „exclusief besturen-beding" (exclusief gebruik beding), waarbij de dekking werd beperkt tot Lecok, met uitsluiting van iedere andere bestuurder. Schons, zelf eigenaar van een verzekerd motorrijtuig, was verzekerd krachtens een polis welke mede omvatte dekking in geval van toevallig gebruik van een aan een derde toebehorend motorrijtuig. Deze uitbreiding had evenwel een aanvullend karakter.

Het BGH overwoog dat een verzekering waarbij alleen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de eigenaar wordt gedekt, tekortschiet ten opzichte van de in artikel 3, par. 1 G.B. gestelde eisen, krachtens welke — behoudens enkele uitzonderingen — ook de aansprakelijkheid van iedere houder, bestuurder en in het verzekerde motorrijtuig vervoerde persoon moet worden gedekt. Op Lecok rustte dus de — van een strafsanctie voorziene — verplichting een aan de eisen van artikel 3, par. 1 G.B. beantwoordende W.A.-verzekering te sluiten.

Sprake was dus van een verzekering die niet beantwoordde aan de Gemeenschappelijke bepalingen. Leidt dit dan ook tot niet-toepasbaarheid van de andere Gemeenschappelijke Bepalingen, met name artikel 11?

Het BGH vervolgde dat het „exclusief gebruik-beding" niet wegneemt dat de verzekeringsovereenkomst er een is waarbij burgerrechtelijke aansprakelijkheid is gedekt waartoe het motorrijtuig aanleiding kan geven. Zo'n verzekering heeft te gelden als een verzekering in de zin van de Gemeenschappelijke Bepalingen, ook als de verzekeringsovereenkomst onvoldoende dekking geeft doordat zij niet ten volle voldoet aan de in artikel 3 G.B. gestelde voorwaarden. De Gemeenschappelijke Bepalingen zijn derhalve wel op de onderhavige verzekering van toepassing.

Het in de verzekeringsovereenkomst opgenomen „exclusief gebruik-beding" is niet nietig; dit blijkt uit artikel 13 G.B.. Uit de Gemeenschappelijke Toelichting met betrekking tot dat artikel blijkt tevens dat dergelijke bedingen, die ten doel hebben de rechten van benadeelden te beknotten, niet aan derden kunnen worden tegengeworpen. Het „exclusief besturen-beding" is derhalve niet aan benadeelden tegen te werpen.

Overigens was aan het BGH tevens de vraag voorgelegd welke van beide verzekeraars kon worden aangesproken. Het antwoord luidde: alleen Lecok's verzekering, die immers de aansprakelijkheid dekt van het schadeveroorza-

kende motorrijtuig. De tweede verzekering dekt volgens het BGH slechts de aansprakelijkheid van een bepaald persoon als bestuurder van een willekeurig voertuig. Dáár zijn de Benelux-overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen niet op van toepassing.

c. „Diefstal" (artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen)

Krachtens artikel 3, par. 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen en artikel 3 lid 1 WAM hoeft de verplichte aansprakelijkheidsverzekering onder meer niet te dekken de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal de macht over het motorrijtuig hebben verschaft. Het BGH heeft zich reeds eerder geplaatst gezien voor de taak het begrip „diefstal" uit te leggen. In zijn arrest van 20 mei 1983, *NJ* 1985, 10, noot Mijnssen (Lenglet e.a. tegen NV Royale Belge), oordeelde het BGH dat onder het begrip „diefstal" ook joy-riding diende te worden begrepen. Het begrip „diefstal" werd dus ruim uitgelegd.

In het derde bovengenoemde arrest is daarentegen sprake van een restrictieve uitleg van de uitzonderingsbepaling van artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen.

Wat was er aan de hand? In december 1978 deed zich te Antwerpen een aanrijding voor tussen een voertuig met Britse nummerplaat en het voertuig van Potz. Het Britse voertuig, dat in september 1978 bleek te zijn gestolen, werd bij het ongeval ter plaatse gelaten door zijn bestuurder en zijn passagiers die de vlucht namen en nooit konden worden geïdentificeerd.

Potz vorderde schadevergoeding van het Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars. Het Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars meende echter dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder van het gestolen voertuig ingevolge het bepaalde in artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen was uitgesloten en dat het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds dekking voor de schade moest verlenen.

De vraag was dus of de uitzonderingsbepaling van artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen zo moet worden uitgelegd dat mede van de dekking wordt uitgesloten de aansprakelijkheid van de bestuurder die met het motorrijtuig, waarvan vaststaat dat het korte of langere tijd voordien was gestolen, de schade heeft veroorzaakt en die onbekend is gebleven.

Zoals reeds opgemerkt koos het BGH voor een restrictieve uitleg. De verzekering dient vóór alles ter bescherming van de benadeelde. Nu de verzekering een zeer ruime strekking heeft, is uitsluiting van de verzekering eerst dan geoorloofd wanneer vaststaat dat aan de in artikel 3, par. 1 gestelde voorwaarden is voldaan. Hiervan was in dit geval geen sprake.

In zijn noot onder het arrest wijst Mendel erop dat de restrictieve interpretatie op gespannen voet staat met het eerder genoemde „joy-riding" arrest. Hij merkt op dat indien het BGH ook in dat arrest de strekking van de verzekering had betrokken — quod non — de beslissing waarschijnlijk anders zou zijn uitgevallen.

Het vierde bovengenoemde arrest ziet ook op artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen. Hier maakte de minderjarige V. zich door „diefstal" meester van het motorrijtuig van zijn ouders en veroorzaakte daarmee schade aan een aantal geparkeerde voertuigen. Naar Nederlandse begrippen zou sprake zijn geweest van „joy-riding", maar we weten dat in België onder diefstal mede joy-riding wordt begrepen. Nu een WAM-verzekeraar een polisuitsluiting terzake van aansprakelijkheid van een dief/bestuurder ook tegenover de derde-benadeelde kan inroepen, werd besloten niet de minderjarige V. maar diens ouders aansprakelijk te stellen. Deze aansprakelijkheid werd gebaseerd op artikel 1384 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek. Zo werd alsnog aansprakelijkheid van de WAM-verzekeraar gecreëerd.

Het BGH oordeelde, desgevraagd, dat de Gemeenschappelijke Toelichting op artikel 3 onderstreept dat de overeenkomst de aansprakelijkheid van de eigenaar moet dekken en dat deze aansprakelijkheid mede omvat de aansprakelijkheid voor degenen voor wie hij verantwoordelijk is. Dit is logisch, nu uit artikel 3, par. 3 Gemeenschappelijke Bepalingen blijkt dat het toepasselijke nationale recht bepaalt of aansprakelijkheid als hier bedoeld aanwezig is.

Door de aansprakelijkheid van de vader van de minderjarige stond de aansprakelijkheid van de WAM-verzekeraar vast, tenzij deze zou slagen in zijn beroep op de uitzonderingsbepaling van artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen. Het BGH verwierp het beroep op deze uitzonderingsbepaling echter door aan te knopen bij het juist hierboven vermelde arrest. Nu de verzekering voor alles ter bescherming van de benadeelde dient kan slechts sprake zijn van een uitzondering indien voldaan wordt aan de in artikel 3, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen gestelde eisen. Deze uitzonderingsbepaling ziet echter op de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de dief en niet op de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van diens vader, de eigenaar van het motorrijtuig. Zodoende miste de uitzonderingsbepaling hier toepassing.

d. „Vervoerde personen" (artikel 3, par. 2 Gemeenschappelijke Bepalingen)

De Benelux-overeenkomst en de daarbij horende Gemeenschappelijke Bepalingen verplichten tot het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering. Deze aansprakelijkheidsverzekering is geen verzekering ter vergoeding van de schade die de aansprakelijke bestuurder zelf lijdt (first party-verzekering). Dit is uitdrukkelijk uitgemaakt in het boven vermelde arrest van het Benelux-Gerechtshof van 8 december 1994.

In dit arrest was sprake van een situatie die zich niet vaak zal voordoen. In 1980 veroorzaakte het motorrijtuig van Eric Delentrée -waarin hij en zijn broer Georges zich bevonden- een ernstig ongeval. De beide broers raakten zwaar gewond. Noch in het strafrechtelijk onderzoek, noch in een civiele procedure kon echter worden aangetoond wie het voertuig bestuurde op het moment van het ongeval.

Georges daagde vervolgens de WAM-verzekeraar van het andere voertuig, zijn broer Eric en de WAM-verzekeraar van Eric's voertuig, L'Assurance Liégeoise, voor het gerecht. Het Hof van Beroep te Luik verklaarde de laatste vordering in beginsel gegrond op grond van de opeenvolgende teksten van de artikelen 3 en 4 van de Belgische WAM, overeenkomend met de artikelen 3 en 4 van de Gemeenschappelijke Bepalingen. Ook de aansprakelijke bestuurder zou recht hebben op vergoeding van de WAM-verzekeraar aangezien ook hij een vervoerde persoon zou zijn in de zin van artikel 3, par. 2 G.B. Dit zou alleen anders zijn als de verzekeraar bewees dat deze bestuurder volgens artikel 4 G.B. van het recht op uitkering was uitgesloten. L'Assurance Liégeoise diende derhalve te bewijzen dat Georges Delentrée onder de uitzonderingen van artikel 4 viel.

Het BGH was een andere mening toegedaan. Uit de tekst van de overeenkomst en de toelichting volgt dat de „bestuurder" en de „vervoerde persoon" verschillende personen zijn; niemand kan èn in de hoedanigheid van bestuurder èn in de hoedanigheid van vervoerde persoon verzekerd zijn. De bestuurder die de schade heeft veroorzaakt kan dus niet voor een uitkering in aanmerking komen. Niet nu uit de aard van een verzekeringsovereenkomst inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid voortvloeit dat de voor de schade aansprakelijke verzekerde zijn verzekeraar niet tot vergoeding van zijn eigen schade kan aanspreken, evenmin nu de bestuurder niet als vervoerde persoon kan worden aangemerkt.

Op grond van artikel 4 G.B. kan de bestuurder van het motorrijtuig van het recht op uitkering worden uitgesloten. Deze bepaling ziet dus niet op de voor het ongeval aansprakelijke bestuurder maar op de niet aansprakelijke, schade lijdende bestuurder van het motorrijtuig dat het ongeval veroorzaakt. Mendel geeft in zijn noot onder het arrest als voorbeelden de situaties dat een passagier plotseling een ruk aan het stuur geeft of dat met een krant de bestuurder onverwachts het uitzicht wordt ontnomen.

Overigens kan sinds de inwerkingtreding van de derde EG-richtlijn alleen de bestuurder nog van het recht op uitkering worden uitgesloten.

e. „Onderhouden" (artikel 4, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen)

Bepaalde, in artikel 4, par. 1 Gemeenschappelijke Bepalingen genoemde personen kunnen worden uitgesloten van een recht op uitkering. Artikel 4, par. 1, onder 2 sluit van het recht op uitkering mede uit de bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de bestuurder en/of de verzekeringnemer, mits deze bij hen inwonen en door hen worden onderhouden.

In het zesde bovengenoemde arrest was sprake van een 14-jarige jongen die op weg naar zijn werk slachtoffer werd van een verkeersongeval. Hij zat in het motorrijtuig dat de schade veroorzaakte. Dit voertuig werd bestuurd door zijn vader, bij wie hij inwoonde. Op het tijdstip van het ongeval genoot de jongen geen inkomen. Wel verwachtte hij binnenkort betaling van loon, namelijk een eerste maandloon uit een vóór het ongeval gesloten arbeids-

overeenkomst. Nadat de arbeidsongevallenverzekeraar vergoedingen aan de jongen had uitgekeerd sprak zij de WAM-verzekeraar aan. Deze weigerde uitkeringen te doen met een beroep op artikel 4, par. 1 onder 2 van de Gemeenschappelijke Bepalingen. Het BGH werd uiteindelijk verzocht het begrip „onderhouden" uit te leggen.

Het BGH overweegt dat het begrip „onderhouden" moet worden uitgelegd in een zin die eigen is aan de Gemeenschappelijke Bepalingen, overeenkomstig hun strekking en niet naar het toepasselijke nationale recht. Het BGH vervolgt dat aan de voorwaarde dat de inwonende bloed- of aanverwant wordt onderhouden uitsluitend dan is voldaan, indien het onderhoud van die verwant op het moment van de gebeurtenis die leidt tot aansprakelijkheid van de bestuurder van het verzekerde voertuig in feite volledig voor rekening komt van een persoon als bedoeld in artikel 3, par. 1 onder 2. De situatie op het moment van het ongeval is dus beslissend. Dit sluit echter niet uit dat bij de beantwoording van de vraag of aan de in het begrip „onderhouden" gelegen voorwaarde is voldaan, betekenis kan toekomen aan na die gebeurtenis voorgevallen feiten.

f. „Snelheidsritten en -wedstrijden" (artikel 4, par. 2 Gemeenschappelijke Bepalingen)

Artikel 4, par. 2 Gemeenschappelijke Bepalingen bepaalt dat de schade die voortvloeit uit snelheidsritten en -wedstrijden van de verzekering kan worden uitgesloten.

Hoe moet het „voortvloeien uit" echter worden uitgelegd? Kan van de verzekering alleen worden uitgesloten de schade die wordt veroorzaakt gedurende de eigenlijke deelname aan de ritten of wedstrijden, of kan de uitsluiting ook zien op schade die wordt veroorzaakt door deelname aan het verkeer vóór en met het oog op dergelijke ritten en wedstrijden?

Deze vraag was aan de orde in het arrest van 27 mei 1991. Sprake was van een motorwedstrijd in de zin van artikel 4, par. 2 G.B. Om zich vanuit het rennerspark naar de startplaats van de wedstrijd te begeven bereed een motorrijder een gedeelte van een weg dat binnen de omheining voor de betalende toeschouwers maar buiten het parcours van de wedstrijd was gelegen. Op dit weggedeelte reed hij een toeschouwer aan.

Het Benelux-Gerechtshof overweegt dat de Benelux-overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen vóór alles de bescherming van benadeelden beogen. Derhalve dient de omvang van de voorgeschreven verzekering in beginsel zo ruim mogelijk te zijn. Nu artikel 4 afbreuk kan doen aan de bescherming van bepaalde verkeersslachtoffers dient het artikel in beginsel dan ook restrictief te worden uitgelegd.

Het BGH vervolgt dat uit artikel 3 lid 1 van de Benelux-overeenkomst blijkt dat snelheidsritten en -wedstrijden slechts mogen worden georganiseerd indien daarvoor een vergunning is verleend. Zo'n vergunning wordt slechts verleend indien een bijzondere aansprakelijkheidsverzekering is gesloten.

Deze verzekering moet het bijzondere risico dekken dat is verbonden aan de deelname van motorrijtuigen aan eerdergenoemde ritten en wedstrijden. Het risico dat de motorrijtuigen buiten deelname aan de ritten en wedstrijden schade berokkenen wordt niet van zo bijzondere aard geacht en derhalve niet door deze bijzondere verzekering gedekt. Het BGH concludeert dan ook dat het, gelet op eerstgenoemde overwegingen, in strijd met de strekking van de bijzondere verzekering zou zijn de in artikel 4 par. 2 G.B. bedoelde uitsluiting ook geoorloofd te achten voor verkeersrisico's buiten de eigenlijke deelname aan meergenoemde ritten- en wedstrijden.

Artikel 4 par. 2 Gemeenschappelijke Bepalingen moet derhalve aldus worden begrepen dat van de verplichte verzekering alleen kan worden uitgesloten de schade veroorzaakt door motorrijtuigen gedurende de eigenlijke deelname aan een snelheids-, regelmatigheids- of behendigheidsrit of -wedstrijd.

g. Samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen

Voor de behandeling van HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 316, noot Mendel, General Accident tegen AMEV wordt verwezen naar VI.1 (dubbele verzekering, regresrecht verzekeraars).

3. Vervanging van het motorrijtuig. Opvolgende verzekering?

HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 270, noot Mendel, A.M.B. tegen NV Amersfoortse Algemene Verzekering Maatschappij

Motorrijtuigen worden regelmatig vervangen. Wat voor gevolgen heeft de vervanging van een motorrijtuig echter voor de verzekeringsovereenkomst? Moet het vervangen van het verzekerde voertuig worden beschouwd als het aangaan van een nieuwe verzekering of als een voortzetting of wijziging van de oude verzekering? Deze vragen zijn door de Hoge Raad in het hierboven vermelde arrest beantwoord.

De casus die ten grondslag lag aan bovenstaand arrest was als volgt.

B. had met ingang van 10 februari 1988 bij de Amersfoortse een aansprakelijkheidsverzekering met betrekking tot een personenauto, een Ford Granada, gesloten. Het aanvraagformulier bevatte de vraag of hij wel eens in aanraking was geweest met de strafrechter. Deze vraag had B. in strijd met de waarheid met neen beantwoord.

Met ingang van 15 augustus 1988 verving B. de Ford Granada door een Renault. Krachtens de polisvoorwaarden eindigde op die datum de verzekering van de Ford Granada. Op diezelfde datum heeft de Amersfoortse op haar polisvoorwaarden een W.A.-verzekering met cascodekking voor de Renault met B. afgesloten. Nu werd geen vragenformulier ingevuld, maar alleen een aanhangsel bij de polis afgegeven waarop stond vermeld: „Wijziging motorrijtuig. De verzekering loopt voortaan als volgt (...)". Het polisnummer en de oorspronkelijke ingangsdatum bleven ongewijzigd.

Een half jaar later wordt de Renault door brand verwoest. Wanneer B. van de Amersfoortse uitkering vordert van de geleden casco-schade verweert de Amersfoortse zich met een beroep op nietigheid van de verzekering op grond van artikel 251 WvK De Amersfoortse ziet de „nieuwe" verzekeringsovereenkomst dus als een voortzetting van de oude verzekering. Een beroep op artikel 251 WvK zou uiteraard niet aan de orde zijn indien sprake zou zijn van een volledig nieuwe verzekering, die niet geacht kan worden in de plaats te treden van de oude verzekering.

De Hoge Raad spreekt zich eerst uit over de algemene vraag of vervanging van het motorrijtuig een nieuwe verzekeringsovereenkomst oplevert. Hij overweegt daaromtrent dat de aard van de motorrijtuigenverzekering meebrengt dat het voertuig waarvoor de verzekering is gesloten van tijd tot tijd door een ander voertuig wordt vervangen, welke vervanging soms gepaard gaat met een wijziging in de dekking. Een zodanige vervanging brengt in het algemeen — behoudens in geval van andersluidende polisvoorwaarden of van bijzondere omstandigheden — niet mee dat de verzekering eindigt en een nieuwe verzekering aanvangt. Hieraan staat het in de artikelen 12 en 13 van de WAM vermelde niet in de weg. Deze artikelen gaan er wel van uit dat in geval van vervanging van het motorrijtuig waarvoor de verzekering is gesloten, de verzekering met betrekking tot dat motorrijtuig eindigt, maar niet dat aan de verzekeringsovereenkomst zelf een eind komt.

De opvatting van de Hoge Raad impliceert derhalve dat in de artikelen 12 en 13 van de WAM met één en dezelfde term „verzekering" verschillende zaken worden aangeduid, te weten dekking en verzekeringsovereenkomst.

Is toch een nieuwe verzekering tot stand gekomen dan kan ten aanzien van die overeenkomst „indien hij tot stand is gekomen tussen dezelfde partijen en hij naadloos aansluit op de oude verzekeringsovereenkomst en een zelfde motorrijtuigenverzekering betreft die op overeenkomstige condities is afgesloten" worden aangenomen dat die nieuwe overeenkomst de strekking heeft voort te bouwen op de eraan voorafgaande overeenkomst.

In zijn noot onder het arrest merkt Mendel mijns inziens terecht op dat toepassing van de in dit arrest gegeven regel in dit geval tot de uitkomst had kunnen leiden dat geen sprake was van een nieuwe overeenkomst in plaats van de oude, maar slechts van een wijziging of aanpassing van de oude overeenkomst. Het oordeel van het Hof dat de vervanging van de auto had geleid tot de totstandkoming van een nieuwe verzekering was in cassatie echter niet bestreden.

Het bovenstaande arrest is ook onder III.2 (verzwijging) besproken.

4. Verjaring

BGH 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 660, noot Brunner, Ziektekostenverzekering Ambtenaren (ZVA) tegen J.H. van Asselt

BGH 21 december 1990, *NJ* 1991, 319, Landsbond der Christelijke Mutua-

liteiten tegen Maurits Dedeyne en Verzekeringsmaatschappij van de Schelde NV

a. „Onderhandeling" in artikel 10, par. 3 Gemeenschappelijke Bepalingen. Leidt deze onderhandeling ook tot stuiting van de verjaring van op andere bepalingen gegronde rechtsvorderingen?

In de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen geldt een vrij korte verjaringstermijn: de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar verjaart door verloop van drie jaar te rekenen vanaf het feit waaruit de schade is ontstaan. De verjaring wordt echter ten opzichte van de verzekeraar gestuit door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de benadeelde. In het eerste van bovengenoemde arresten was de vraag aan de orde wanneer sprake is van „onderhandeling" in de zin van artikel 10 lid 3 WAM. Daarnaast werd het BGH de vraag gesteld of een dergelijke onderhandeling ook stuiting van de verjaring van de vordering ex art 31 WVW tengevolge heeft.

Het arrest van het BGH van 20 oktober 1989 borduurt voort op eerdere jurisprudentie van dit Hof, te weten de arresten van 9 juli 1981, *NJ* 1982, 253 en 5 juli 1985, *NJ* 1986,2. In 1981 heeft het BGH aangegeven dat in het woord „onderhandeling" besloten ligt „een over en weer bespreken, een uitwisseling, van dien aard dat het aan de benadeelde de indruk geeft dat de verzekeraar een regeling (...) overweegt". In 1985 preciseert het BGH dat voldoende is dat de benadeelde, gelet op het antwoord van de verzekeraar, niet behoeft aan te nemen dat de verzekeraar een regeling zonder meer uitsluit. Het BGH beantwoordt in 1989 de gestelde vraag dan ook door te stellen dat „correspondentie (...) slechts dan op grond van de mededelingen van de verzekeraar niet kan worden aangemerkt als „onderhandeling" in de zin van artikel 10 par. 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen, indien de benadeelde op grond van die mededelingen moet begrijpen dat de verzekeraar een regeling zonder meer uitsluit.

Bovengenoemd arrest voegt dienaangaande dan ook weinig toe aan het arrest van 5 juli 1985. Duidelijk is echter dat een verzekeraar, wil deze zich later op verjaring kunnen beroepen, afwijzingen ondubbelzinnig zal moeten formuleren.

Interessanter is het antwoord op de tweede vraag, zeker gezien het feit dat in Nederland tegenstrijdige uitspraken bestonden. Rb. Amsterdam 28 maart 1984, *VR* 1985, 32, had geoordeeld dat het in onderhandeling treden met een WAM-verzekeraar ook de verjaring van de rechtsvordering ex artikel 31 WVW stuit, terwijl Rb. Haarlem 30 augustus 1983, *NJ* 1984, 747 het tegenovergestelde standpunt had vertolkt.

Het BGH maakt aan de onzekerheid een einde. Gezien het doel van de Benelux-overeenkomst en de daarbij horende Gemeenschappelijke Bepalingen, het waarborgen van een ruime bescherming aan verkeersslachtoffers, overweegt het Hof „dat, wanneer de verjaring van de rechtsvordering is

gestuit door een onderhandeling als bedoeld in artikel 10 par. 3 Gemeenschappelijke Bepalingen, zulks krachtens artikel 10 par. 2 tot gevolg heeft dat de verjaring van de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekerde eveneens is gestuit, ongeacht op welke nationale wetsbepaling die rechtsvordering is gegrond".

b. Kunnen nationale bepalingen afbreuk doen aan de in artikel 10 par. 3 Gemeenschappelijke Bepalingen neergelegde verjaringsregeling?

In het arrest van 21 december 1990 speelde het spiegelbeeld van de onder a. geschetste situatie. De gesubrogeerde verzekeraar stelt een vordering in tegen de veroorzaker van een ongeval en de WAM-verzekeraar. Deze vordering wordt echter verjaard verklaard, nu de nationale verjaringstermijnen zijn verlopen.

Het BGH wordt de vraag gesteld of „de getroffene zijn in artikel 6 van de WAM bedoelde „eigen recht" verbeurt doordat de burgerlijke rechtsvordering van de getroffene tegen de aansprakelijke uitgedoofd is door verjaring ingevolge nationaalrechtelijke bepalingen".

Het BGH knoopt allereerst aan bij het doel van de Benelux-overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen; het waarborgen van een ruime bescherming aan verkeersslachtoffers. Nu de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar op grond van artikel 6 van de Gemeenschappelijke Bepalingen onafhankelijk is van de vordering van de benadeelde tegen de verzekerde en aan die opvatting ten grondslag ligt de gedachte dat volgens artikel 10 de bescherming in drie landen gelijk moet zijn, komt het BGH tot de conclusie dat de haar gestelde vraag ontkennend moet worden beantwoord.

De benadeelde verbeurt zijn eigen vordering, die met toepassing van artikel 10 van de Gemeenschappelijke Bepalingen nog niet verjaard is, dus niet doordat zijn civielrechtelijke vordering tegen de aansprakelijke met toepassing van de nationale wetgeving verjaard is.

5. Excepties van de verzekeraar
Verhouding verzekeraar-benadeelde en verhouding verzekeraar-verzekerde

BGH 15 december 1989, *NJ* 1990, 284, N.P. tegen M. Reyniers

HR 6 november 1992, *NJ* 1994, 150, noot Mendel, R. van Spanje tegen Groep Josi Verzekeringen Maatschappij 1909 NV

BGH 17 december 1992, *NJ* 1993, 200, M. Lambert tegen NV Groep Josi en Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

Bovenstaande arresten betreffen — onder andere — artikel 11 van de Gemeenschappelijke Bepalingen van de Benelux-overeenkomst van 1966 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (overeenkomend met artikel 11 WAM). Krachtens dit artikel kunnen

bepaalde excepties niet door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader aan de benadeelde worden tegengeworpen.

Artikel 11 ziet dus op de verhouding verzekeraar-benadeelde. Tevens is echter in de eerste twee arresten het onderscheid tussen de verhouding verzekeraar-benadeelde en de verhouding verzekeraar-verzekerde aan de orde. In de eerste twee uitspraken was een opgevoerde bromfiets het probleem. In de derde uitspraak was sprake van een auto met een grotere cilinderinhoud.

a. Opgevoerde bromfiets

Opgevoerde bromfietsen blijven de gemoederen bezig houden. In twee eerdere arresten — van 15 februari 1988, *NJ* 1988, 607 (De Goudse/Winterthur) en van 19 februari 1988, *NJ* 1988, 608 (Asselman/Lauvrijs) — heeft het BGH antwoord gegeven op de vraag of een aansprakelijkheidsverzekeraar aan de benadeelde, die het slachtoffer is geworden van een door de bromfietser veroorzaakt ongeluk, kan tegenwerpen dat hij niet aansprakelijk is omdat de bromfiets — voor of na het sluiten van de verzekering, doch voor het ongeval — was opgevoerd. Zie het vorige overzicht (1985-1989) van de afdeling Handelsrecht van de Rijksuniversiteit Leiden, TPR 1990 p. 854-855. Het BGH oordeelde dat aan de benadeelde niet kan worden tegengeworpen dat de snelheid van een als „bromfiets" verzekerd motorrijtuig zodanig werd opgevoerd dat het niet meer als „bromfiets" kan worden aangemerkt, maar tot de categorie van de „motorfietsen" behoort.

In zijn arrest van 15 december 1989 heeft het BGH zich opnieuw bezig gehouden met de opgevoerde bromfiets. In dit geval diende het BGH de door het Hof van Cassatie gestelde vraag te beantwoorden of het boven weergegeven antwoord ook geldt in de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde.

Het BGH is van mening dat deze vraag moet worden beantwoord tegen de achtergrond van de eerste twee voormelde arresten, waarin het Hof heeft overwogen dat uit de Gemeenschappelijke Bepalingen volgt „dat de partijen bij de Benelux-Overeenkomst het belang van een zo effectief mogelijke bescherming van de verkeersslachtoffers zwaarder hebben willen laten wegen dan het belang van de verzekeraars om de risico's welke zij overnemen, te kunnen begrenzen". Het BGH vervolgde dat „hieraan niet in de weg staat de omstandigheid dat in de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde de verzekeringsovereenkomst naar de regels van het gemene recht niet geldig is". Nu de Gemeenschappelijke Bepalingen er in de eerste plaats toe strekken een vergoeding van de *benadeelde* zoveel mogelijk te waarborgen is de regeling van andere vraagstukken in beginsel aan de nationale wetgever overgelaten. Het BGH beantwoordde de vraag dan ook niet bevestigend.

De rechtsgevolgen die in de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde voortvloeien uit het opvoeren van de bromfiets, dienen volgens het

BGH te worden beoordeeld naar nationaal recht. Dit verhindert echter niet dat de verzekering kan worden opgevat als een verzekering die aan de bepalingen van de WAM voldoet. De benadeelde kan rechtstreeks de WAM-verzekeraar aanspreken. Deze WAM-verzekeraar is tot uitkering verplicht, maar kan onder omstandigheden — zie de hierna opgenomen uitspraak — regres uitoefenen op de verzekerde.

Ook in het tweede arrest was sprake van een opgevoerde bromfiets. Hier was de casus als volgt.

Op 13 juni 1988 vond een aanrijding plaats tussen een door van Spanje bestuurde „bromfiets" en een personenauto. De aanrijding was te wijten aan van Spanje, wiens WAM-verzekeraar — Groep Josi Verzekeringen — de schade vergoedde die de automobilist had geleden. Vervolgens wilde Groep Josi regres nemen op haar cliënt en sprak deze aan, stellende dat het motorrijtuig in kwestie niet voldeed aan de wettelijke omschrijving van het begrip „bromfiets", terwijl de verzekeringsovereenkomst betrekking had op een bromfiets. Groep Josi meende derhalve dat de verzekeringsovereenkomst niet tot stand was gekomen. Dit baatte haar weliswaar niet jegens de benadeelde, maar wel bij de uitoefening van haar verhaalsrecht jegens de aansprakelijke van Spanje.

De Hoge Raad overweegt dienaangaande het volgende: „Ingeval van verzekering tegen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bepaald motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, zal de aard van dat motorrijtuig van doorslaggevende betekenis zijn voor de beoordeling van het risico en zo voor de beslissing van de verzekeraar of en zo ja op welke voorwaarden hij de verzekering zal sluiten. Wordt in het kader van het sluiten van de overeenkomst het motorrijtuig aangeduid als bromfiets, dan kan de vraag wat de aard van het motorrijtuig is, nog op verschillende wijzen worden beantwoord omdat daarmee de aard van het motorrijtuig niet vaststaat daar (...) het woord bromfiets in zoverre geen vaste betekenis heeft (...). Daardoor is het mogelijk dat tussen verzekeraar en verzekeringnemer bij het sluiten van de verzekering uiteenlopende voorstellingen bestaan omtrent de aard van het motorrijtuig. Het antwoord op de vraag of in dat geval al dan niet een verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen hangt in beginsel af van wat verzekeraar en verzekeringnemer over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid. Verklaart echter de verzekeraar dat hij de aansprakelijkheid waartoe een uitsluitend als bromfiets en zonder nadere omschrijving aangeduid, maar overigens geïndividualiseerd motorrijtuig aanleiding kan geven, verzekert, dan moet in beginsel worden aangenomen dat de niet professionele verzekerde ervan mocht uitgaan dat de verzekeraar het begrip bromfiets in de vermelde ruime zin bezigt (...). De omstandigheden van het geval kunnen echter anders meebrengen. De verzekeraar zal deze omstandigheden moeten stellen en bewijzen".

Uiteraard staat de vraag of een verzekeringsovereenkomst tot stand is

gekomen los van de verzwijgingsproblematiek van artikel 251 WvK Immers, een eventuele vernietiging van een overeenkomst veronderstelt het bestaan van die overeenkomst. De Hoge Raad merkt dan ook op: „Staat vast dat een verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen, maar blijkt dat de verzekeringnemer geen mededeling heeft gedaan van voor het sluiten van de verzekering bestaande eigenschappen van de bromfiets die voor de verzekeraar van doorslaggevende betekenis waren voor zijn beslissing of hij de verzekering al dan niet zou aangaan en zo ja, onder welke voorwaarden, dan kan aan de orde komen de vraag of de verzekeraar een beroep op de vernietigingsgrond van artikel 251 WvK openstaat".

Wat nu indien wijzigingen aan het motorrijtuig zijn aangebracht ná het sluiten van de verzekering? De Hoge Raad merkt hierover op dat dergelijke wijzigingen de verzekering niet nietig maken, noch de mogelijkheid tot vernietiging doen ontstaan. Ook vloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in het algemeen geen informatieplicht ten aanzien van eventuele risicoverzwaring voort. De Hoge Raad voelt er blijkbaar niets voor om op het punt van de risicoverzwaring de verzekeringnemer buiten de wet om algemene verplichtingen en sancties op te leggen. Verzekeraars zullen zich derhalve contractueel tegen risicoverzwaring dienen te wapenen.

b. Auto met grotere cilinderinhoud

In het derde arrest was sprake van een kentekenverzekering; verzekerd was ieder motorrijtuig dat van een bepaalde „handelaarsplaat" was voorzien. Op grond van de bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolis gold de dekking echter niet wanneer genoemde plaat op een voertuig was aangebracht waarvan het vermogen meer dan 2200 cc bedroeg.

In 1986 wordt een aanrijding veroorzaakt door een voertuig dat is voorzien van eerdergenoemde kentekenplaat. Als blijkt dat het voertuig een cilinderinhoud heeft van meer dan 2,2 liter weigert de verzekeraar de benadeelden de schade te vergoeden. Zij betoogt dat een voertuig waarvan de cilinderinhoud de in de overeenkomst aangegeven inhoud overschrijdt niet is gedekt.

Het wekt geen verbazing dat het BGH verwijst naar de door haar gewezen — en boven reeds genoemde — arresten van 15 februari 1988, De Goudse-Winterthur, en 19 februari 1988, Asselman-Lauvrijs en de daar weergegeven overwegingen. Ook hier concludeert het BGH dus dat niet aan de benadeelde kan worden tegengeworpen dat het in de verzekeringsovereenkomst omschreven motorrijtuig een grotere cilinderinhoud zou hebben dan de in de overeenkomst bepaalde maximuminhoud.

6. Verhaal op de verzekeraar

HR 10 augustus 1994, *NJ* 1995, 58, General Accident Fire and Life Assurance Corporation tegen De Staat der Nederlanden en Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds

HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995, 95, Instituut Ziektekostenvoorziening Ambtenaren (IZA) tegen Stichting Waarborgfonds Motorverkeer

a. Wie kunnen als „benadeelde" worden aangemerkt?

Artikel 6 van de Gemeenschappelijke Bepalingen (artikel 6 WAM) geeft aan de „benadeelde" een eigen recht jegens de verzekeraar. Artikel 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen bepaalt dat onder „benadeelden" moet worden verstaan „zij die schade hebben geleden welke grond oplevert voor toepassing van deze wet, alsmede hun rechtverkrijgenden". De op dit artikel gegeven toelichting vermeldt nog dat de verdragsluitende staten het begrip „benadeelde" ruim willen zien verstaan, ook wat betreft de kring der gerechtigden.

In bovengenoemd arrest kwam de vraag aan de orde of een verhaalzoekend lichaam als „benadeelde" kan worden aangemerkt. De casus die hieraan ten grondslag lag was als volgt.

In maart 1977 vond een ongeval plaats met een autobus. Mevrouw B, die zich als passagier in de bus bevond, liep hierbij ernstig letsel op. Nu het ongeval was te wijten aan een fout van de buschauffeur was de busonderneming voor de gevolgen van het busongeval aansprakelijk. Mevrouw B. was ten tijde van het ongeval als lerares in dienst van het Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen en was dus ambtenaar in de zin van de Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren (VOA) en de Algemene Burgerlijke Pensioenwet. Derhalve ontving zij van de Staat na het ongeval haar salaris en daarmee verband houdende uitkeringen. Van het ABP ontving zij, na in 1982 arbeidsongeschikt te zijn verklaard, invaliditeitspensioen. De Staat en het ABP zochten in verband met deze kosten verhaal op General Accident, de WAM-verzekeraar van de busonderneming. Deze stelde dat de Staat en het ABP geen aanspraken tegen General Accident konden ontlenen nu zij niet als benadeelden konden worden aangemerkt.

De Hoge Raad overweegt dat, naar de regels van het Nederlands internationaal privaatrecht, Nederlands recht van toepassing is op de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het verkeersongeval. Mitsdien moet de vraag of de Staat en ABP kunnen worden beschouwd als „benadeelden" in de zin van artikel 6 WAM worden beantwoord naar Nederlands recht. Reeds op grond van de wetsgeschiedenis neemt de Hoge Raad aan „dat een lichaam aan hetwelk krachtens artikel 2 VOA een verhaalsvordering toekomt voor de kosten van voorzieningen (...), wanneer dat ongeval is te wijten aan de schuld van de bestuurder van een motorrijtuig als bedoeld in de WAM, terzake moet worden aangemerkt als benadeelde in de zin van artikel 6 van deze wet. Hier komt nog bij dat deze opvatting in de praktijk algemeen gevolgd wordt, in de doctrine niet omstreden is en strookt met de op artikel 1 Gemeenschappelijke Bepalingen gegeven toelichting.

b. Verhaal op het Waarborgfonds

Nederland kent als gevolg van het in artikel 7 van de Benelux-overeenkomst bepaalde een Waarborgfonds Motorverkeer. Indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, kan een benadeelde een recht op schadevergoeding tegen dit fonds geldend maken. Deze voorwaarden zijn in de Nederlandse WAM opgenomen in artikel 25.

Artikel 25 lid 1, sub a WAM bepaalt dat een benadeelde zijn recht op schadevergoeding geldend kan maken wanneer niet kan worden vastgesteld wie de aansprakelijke persoon is. Dit is echter anders indien aannemelijk is dat de benadeelde niet tot die vaststelling heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem kon worden verwacht.

Een toepassing van artikel 25 lid 1, sub a WAM speelde in het tweede bovengenoemde arrest.

In 1984 vond in Amersfoort een verkeersongeluk plaats, waarbij twee auto's frontaal botsten. Het ging om een Opel, bestuurd door Yilmaz en een BMW, bestuurd door Blom. Hierbij liep een passagier van de BMW ernstig letsel op. Deze passagier was ten tijde van het ongeval bij IZA verzekerd tegen ziektekosten en kreeg uit dien hoofde een aanzienlijk bedrag aan ziektekosten uitgekeerd. Op grond van artikel 2 VOA zocht IZA verhaal voor deze vergoede ziektekosten. De oorzaak van het ongeval kon echter niet worden vastgesteld. In een procedure tussen Yilmaz en Blom had Rb. Utrecht uitgemaakt dat niet was bewezen dat de botsing te wijten was aan de schuld van Blom, ondanks het feit dat was vastgesteld dat Blom onder invloed van een aanmerkelijke hoeveelheid alcohol reed. IZA was echter geen partij in deze procedure. IZA sprak dan ook de verzekeraars van beide personen aan tot betaling. Nu beide WAM-verzekeraars betaling weigerden klopte het IZA aan bij het Waarborgfonds met de stelling dat de toedracht van het ongeval niet kon worden achterhaald. Het Waarborgfonds verweerde zich hiertegen met het betoog dat IZA niet had gedaan wat redelijkerwijs van haar kon worden verwacht, nu IZA had afgezien van een procedure tegen de (verzekeraars van) de betrokken chauffeurs.

Het Hof oordeelde dat IZA onvoldoende had gedaan om tot vaststelling van de aansprakelijke persoon te komen. In de gegeven omstandigheden kon redelijkerwijs van IZA een juridische actie worden gevergd, hetzij tegen beide chauffeurs, hetzij tegen Blom alleen of zijn verzekeraar. Immers, rijden onder invloed vergroot het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen. Verwezenlijkt zich dit gevaar, dan is het causaal verband tussen gedraging en ongeval in beginsel gegeven. Blom zou dus moeten bewijzen dat het ongeval ook zou hebben plaatsgevonden als hij niet onder invloed van alcohol was geweest. Nu het Hof de kans dat Blom hierin zou slagen gering achtte had van IZA mogen worden verwacht dat zij Blom dan wel diens verzekeraar in rechte zou betrekken.

De Hoge Raad oordeelt dat het Hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. IZA had dus juridische actie moeten ondernemen. Zo

vreemd is dit niet indien bedacht wordt dat IZA geen partij was in de voor de Utrechtse rechtbank gevoerde procedure. Blijkbaar wil de Hoge Raad het de verhaalszoekende instantie niet te gemakkelijk maken.

Overigens is bij de aanpassing van de WAM aan de derde richtlijn inzake wettelijke aansprakelijkheid motorrijtuigen (wet van 23 november 1992, Stb. 610) een nieuw lid 4 aan artikel 25 toegevoegd. Nu het in bovengenoemd arrest echter ging om een in 1989 aangespannen verhaalsactie terzake van een ongeval dat in 1984 plaatsvond en geen sprake was van onmiddellijke werking, kon dit artikel het IZA niet baten.

HOOFDSTUK IV

VERVOERRECHT

I. ALGEMEEN

1. Gecombineerd (multimodaal) goederenvervoer

HR 29 juni 1990, *NJ* 1992, 106, noot Schultsz, *S&S* 1990, 110, Nilsson & Noll Speditionaktiebolag/Delta Lloyd Schadeverzekering NV (Gabriële Wehr)

HR 24 maart 1995, *S&S* 1995, 72, Assurantie Maatschappij Nieuw Rotterdam NV/Geest North Sea Line BV (Iris)

Het eerste arrest (Gabriële Wehr) betreft de uitleg van het moeilijk toegankelijke art. 2 CMR. Art. 2 CMR geeft een regeling voor een bijzondere vorm van multimodaal vervoer, te weten het vervoer waarbij een wegvoertuig voor een deel van de reis met lading en al op of in een ander vervoermiddel, zoals i.c. een schip, wordt geladen en daarmee overzee wordt vervoerd. Essentieel is dat het wegvoertuig gedurende het niet-wegtraject wordt meevervoerd, art. 2 vereist niet-overlading. De eerste zin van art. 2 lid 1 bepaalt dat in zo'n geval de CMR van toepassing is, ook op het niet-weggedeelte. De tweede zin geeft hierop een uitzondering, wanneer aan drie specifieke voorwaarden is voldaan: kort gezegd moet de beschadiging zijn ontstaan tijdens het andersoortige vervoer, de schade moet buiten schuld van de wegvervoerder zijn veroorzaakt, en de schade-oorzaak moet typisch zijn voor het andersoortige vervoer.

Als aan deze voorwaarden is voldaan, wordt de aansprakelijkheid van de wegvervoerder (want daarover gaat art. 2 CMR) niet beheerst door de CMR maar bepaald op de wijze waarop de aansprakelijkheid van de niet-wegvervoerder, i.c. de zeevervoerder zou zijn bepaald, wanneer een vervoerovereenkomst tussen de afzender en de niet-wegvervoerder zou zijn gesloten (een fictieve overeenkomst dus). Deze fictieve overeenkomst moet zijn gesloten overeenkomstig de wettelijke bepalingen van dwingend recht betreffende dit andersoortig vervoer, welke eis in wezen als vierde voorwaarde

voor de uitzondering kan worden gezien. Immers, wanneer zulke bepalingen ontbreken, geldt de hoofdregel, aldus de derde zin van art. 2 lid 1. In de twee authentieke versies luidt deze vierde voorwaarde resp. „conformément aux dispositions impératives"/„in accordance with the conditions prescribed by law". Of zulke bepalingen i.c. waren aan te wijzen hield de partijen in de onderhavige zaak verdeeld.

De feiten lagen betrekkelijk eenvoudig. Volvo en Nilsson & Noll sloten een overeenkomst tot vervoer van auto-onderdelen in opleggers van Zweden naar Born in Nederland. Het ging dus om grensoverschrijdend weg/zee/wegvervoer, zonder overlading, waarop art. 2 CMR van toepassing is. Wegvervoerder Nilsson & Noll schakelde voor het zeevervoer zeevervoerder Tor Lloyd in. I.c. werd geen cognossement afgegeven maar een niet verhandelbare zeevrachtbrief. De opleggers werden conform de overeenkomst aan dek vervoerd. Om deze beide redenen waren op de zeevervoerovereenkomst (tussen Nilsson & Noll en Tor Lloyd) dus niet van rechtswege de Hague/Visby Rules van toepassing. I.c. was dit verdrag tòch van toepassing op deze zeevervoerovereenkomst omdat de waybill een bepaling van die strekking inhield.

Tijdens het zeevervoer aan boord van het roll-on-roll-offschip Gabriële Wehr trad als gevolg van storm schade aan de auto-onderdelen op. Deze schade is door Delta Lloyd vergoed en de verzekeraar trad derhalve in de rechten van de afzender, Volvo, jegens de wegvervoerder, Nilsson & Noll. Delta Lloyd stelde zich op het standpunt dat de wegvervoerder haar schade ex art. 2 lid 1 eerste zin moest vergoeden conform de CMR. Immers, zo redeneerde zij, aan de eisen die de uitzondering van de tweede zin stelt is niet voldaan, nu in casu geen „conditions prescribed by law" waren aan te wijzen. De zeevervoerder had immers geen cognossement afgegeven, en alleen bij afgifte van een cognossement gelden de Hague/Visby Rules van rechtswege en dwingendrechtelijk; niet bij afgifte van een niet verhandelbare waybill.

De wegvervoerder daarentegen stelde zich op het standpunt dat zij — slechts — op basis van de Hague/Visby Rules behoefde uit te keren. Het geschil spitste zich toe op de vraag of de bijzonderheden van het daadwerkelijk gesloten zeevervoercontract (tussen Tor Lloyd en Nilsson & Noll) óók aangenomen moesten worden, als het ware moesten worden geprojecteerd op de fictieve overeenkomst als bedoeld in art. 2 lid 1 tweede zin, of niet. Deze bijzonderheden waren i.c. als gezegd dat de zeevervoerder géén cognossement had afgegeven (maar een waybill) en dat aan dek vervoerd was. Projecteert men deze bijzonderheden op de fictieve overeenkomst, dan is aan de vierde voorwaarde niet voldaan en geldt dus niet de uitzondering (van de tweede zin) maar de hoofdregel (van de eerste zin): de aansprakelijkheid van de wegvervoerder is een CMR-aansprakelijkheid. Zulks werd door de rechtbank aangenomen. Abstraheert men daarentegen van de bijzonderheden van het feitelijke contract, dan ligt toepassing van de dwingendrechtelijke Hague(/Visby) Rules voor de hand, zijnde het thans geldende zeerechtverdrag.

In deze zaak werd sprongcassatie ingesteld. De HR zegt over „conditions prescribed by law"/„dispositions impératives":

> „Voor de uitleg van deze woorden is van belang dat zij de inhoud preciseren van de hiervoor onder 3.2 (3) aangeduide fictieve overeenkomst: gezien deze functie verwijzen zij klaarblijkelijk naar objectief recht. Deze objectiverende constructie via een fictieve overeenkomst moet in verband worden gebracht met het uit de preambule van de CMR blijkende doel, in het bijzonder ook de aansprakelijkheid van de wegvervoerder op *eenvormige* wijze te regelen. (...) Ten tijde van de voorbereiding en totstandkoming van de CMR bestond reeds eenvormig recht voor vervoersovereenkomsten met een internationaal karakter, met name voor het zeevervoer, het railvervoer en het luchtvervoer. (...) Aangenomen moet worden dat deze verdragen en de daarop gebaseerde nationale regelingen aan de verdragsluitende pp. voor ogen hebben gestaan bij het vaststellen van de regeling van art. 2 lid 1 CMR, met name bij het redigeren van de in de tweede zin neergelegde bijzondere regeling voor stapelvervoer. Kennelijk hebben de verdragsluitende staten (...) voor ogen gehad dat die andere verdragen objectief eenvormig recht bevatten dat specifiek was afgestemd op de bijzondere aard en risico's van de desbetreffende vormen van vervoer, en waren zij van oordeel dat het onder die omstandigheden wenselijk was dat dit uniforme recht, voor wat betreft het stapelvervoer, óók de onderlinge verhouding van de afzender en de wegvervoerder zou beheersen."

De HR concludeert dat het moet gaan om een wettelijk aansprakelijkheidsregime dat berust op of is ontleend aan internationaal overeengekomen vervoerrecht. Vervolgens rijst de vraag of dit uniforme aansprakelijkheidsregime net zo dwingend moet zijn als de CMR. Deze vraag moet ontkennend beantwoord worden, aldus de Hoge Raad, omdat het zeedeel anders *altijd* door de CMR beheerst zou worden, aangezien de Hague(/Visby) Rules wèl afwijkingen ten gunste van de afzender toestaan.

De HR overweegt:

> „De Engels versie laat zich zo verstaan dat de verdragsluitende staten de inhoud van de fictieve overeenkomst hebben willen doen bepalen door specifiek uniform vervoersrecht en door de objectiverende constructie via de fictieve overeenkomst hebben willen aangeven dat daarbij afwijkende bedingen, voor zover deze volgens het betreffende uniforme rechtsstelsel zijn toegelaten, buiten beschouwing moeten blijven. De Franse versie verzet zich niet tegen deze interpretatie".

Ter bepaling van het uniforme aansprakelijkheidsregime moet worden gekeken naar het traject van het stapelvervoer, en wanneer meerdere uniforme regimes in aanmerking zouden komen, dan geldt het regime van het land van inlading.

Tenslotte stelt de Hoge Raad zich de vraag (r.o. 3.9) of de bijzonderheden van het in werkelijkheid tussen de wegvervoerder en de stapelvervoerder

gesloten overeenkomst ook een rol moeten spelen ter bepaling van de inhoud van het fictieve contract (tussen de afzender en de stapelvervoerder). De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend, om twee redenen: in de eerste plaats verzet zich de objectiverende constructie via de fictieve overeenkomst hiertegen en in de tweede plaats zou dan (vrijwel) alle stapelvervoer over zee door de CMR bestreken worden nu dit vervoer veelal niet onder cognossement plaatsheeft.

Zie over dit arrest ook A. van Beelen, De aansprakelijkheid van de wegvervoerder bij stapelvervoer conform de CMR, in Europees Vervoerrecht 1991, p. 743-761.

Het tweede arrest (Iris) ging over het volgende. In 1981 sluit Alpha een overeenkomst met Geest tot multimodaal vervoer van Tuitjenhorn in Nederland naar Leek in Engeland. De lading, een container met boter, wordt over de weg vervoerd van Tuitjenhorn naar Rotterdam. Aldaar zou de container worden ingeladen in het zeeschip Iris. Tijdens de belading van de Iris blijkt de container onvindbaar en het schip vertrekt zonder de container naar Hull. Achteraf blijkt de boter op een ander schip te zijn geladen en in Hongkong bedorven te zijn gearriveerd. Alpha en Geest hadden al eerder soortgelijke vervoerovereenkomsten gesloten, waarbij door Geest aan Alpha uitsluitend voor het zeedeel een cognossement werd afgegeven, dat onder meer een zogenaamde *before and after*-clausule bevat. In het onderhavige geval echter was niet zo'n cognossement afgegeven, omdat de container onvindbaar was. De assuradeur van de afzender stelt de vervoerder aansprakelijk voor de door haar geleden schade, en de vervoerder, Geest, beroept zich op de *before and after*-clausule van zijn cognossement. De HR overweegt dat het hier gaat om een overeenkomst van gecombineerd vervoer, wat betekent, zowel naar het destijds geldende als naar het huidige recht (art. 8:41 BW), dat ieder onderdeel van het vervoer wordt beheerst door het voor dat onderdeel geldende regime. Voor het vervoer overzee is dat het zeerecht. Voor zover de cognossementsvoorwaarden van Geest toepasselijk zijn, gelden zij slechts voor het zeevervoer-gedeelte. Weliswaar is in het onderhavige geval geen cognossement afgegeven, maar de Hoge Raad acht deze voorwaarden tussen partijen bestendig gebruikelijk. Daarom is Alpha in casu ook aan deze voorwaarden gebonden. Zij gelden echter alleen voor het zeegedeelte, en de vraag is vervolgens of in casu het wegvervoer al was beëindigd en het zeegedeelte al was aangevangen. De bewijslast hiervan rustte op de vervoerder, en het hof had aangenomen dat de vervoerder hierin was geslaagd doordat hij aannemelijk had gemaakt dat de container reeds in de uitgaande *stack* was geplaatst. Zijdens de afzender is betoogd dat het zeevervoer nog geen aanvang had kunnen nemen, omdat de container nog niet was verscheept. De HR acht dit onjuist. Uit het destijds geldende art. 468 lid 2 WvK (zie voor het huidige recht art. 8:378 BW) volgt dat het zeevervoer een aanvang neemt bij de inontvangstneming van de lading door de vervoerder en niet pas bij de inlading ervan in het schip. Ten aanzien van gecombineerd vervoer, waarbij overeengekomen is, zoals in casu, dat de container eerst

over de weg en vervolgens over zee wordt vervoerd, brengt dit mee dat het wegvervoer eindigt en het zeevervoer aanvangt op het tijdstip waarop de vervoerder de container als zeevervoerder onder zijn hoede krijgt. Wanneer dit tijdstip is gelegen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als gezegd, oordeelde het hof dat het beslissende tijdstip was gelegen in het plaatsen van de container in de uitgaande *stack*. Dit feitelijke oordeel acht de HR niet onbegrijpelijk.

Zie over dit arrest ook de binnenkort te verschijnen noot van Japikse in de *NJ*.

2. Verhuisovereenkomst of bewaargeving?

HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 456, J.A. van Loo/C.J. Wouters

Wouters gaf aan Van Loo opdracht om de inboedel van zijn huis in Spanje naar Nederland — Weesp — te verhuizen en aldaar gedurende enkele maanden op te slaan. Feitelijk echter gebeurde iets anders: de inboedel werd in afwachting van vervoer naar Weesp in *Spanje* opgeslagen. Aldaar breekt brand uit in de loods en de inboedel gaat geheel verloren.

Wouters vordert uiteraard schadevergoeding van Van Loo, plus ontbinding van de overeenkomst en restitutie van de transportkosten.

De Rechtbank acht de vordering verjaard, op grond van het destijds geldende art. 95 WvK dat voorzag in een verjaringstermijn van een jaar voor grensoverschrijdend wegvervoer (de CMR miste i.c. toepassing nu het hier ging om verhuisgoederen); ook het huidige art. 8:1711 BW voorziet in een verjaringstermijn van één jaar. Het Hof legde de overeenkomst aldus uit dat zij strekte tot vervoer en daarnaast tot bewaring in dier voege dat Van Loo geacht moet worden afzonderlijke verbintenissen tot vervoer en tot bewaring op zich te hebben genomen, een gemengde overeenkomst derhalve. De bewaring had in feite niet te Weesp maar te Altea plaats, en gedurende die bewaring had het aspect bewaargeving duidelijk de overhand. Art. 95 WvK was derhalve niet op deze schadevergoedingsvordering van toepassing en de vordering was dus nog niet verjaard. De HR gaat hiermee akkoord.

II. ZEE- EN BINNENVAARTRECHT

1. Wie is claimgerechtigd bij cognossementsvervoer?

HR 8 november 1991, *S&S* 1992, 37, A&R „Thiemann GmbH e.a./CV Scheepvaartonderneming Brouwersgracht" e.a. (Brouwersgracht)

In april 1986 zijn met het zeeschip Brouwersgracht diverse partijen sisalbinddraad vervoerd van Brazilië naar Nederland. Door de vervoerders, CV Scheepvaartonderneming „Brouwersgracht" e.a., zijn voor die transporten ordercognossementen afgegeven, die blanco zijn geëndosseerd. Ter uitleve-

ring van de lading in Amsterdam heeft CTA deze cognossementen aan de vervoerder gepresenteerd, nadat zij aan de vervoerder had medegedeeld dat zij terzake optrad namens Thiemann. Thiemann vordert vervolgens schadevergoeding in verband met ladingschade.

In art. 519 lid 1 WvK (oud), dat qua inhoud overeenkomt met het huidige art. 8:441 lid 1 BW, staat te lezen dat uitsluitend de rechtmatige en regelmatige cognossementhouder recht heeft op uitlevering van de lading. In deze zaak was de vraag allereerst wie deze recht- en regelmatige cognossementhouder was: CTA, die het cognossement presenteerde, of Thiemann, namens wie CTA zei op te treden? Tweede, daarmee samenhangende vraag was, wie de vordering tot schadevergoeding kon instellen: CTA of Thiemann?

De Rb. beantwoordde deze vragen aldus: CTA was cognossementhouder, maar Thiemann mocht de vordering tot schadevergoeding instellen, omdat de vervoerder voorafgaand aan de uitlevering was medegedeeld dat CTA handelde als gemachtigde van Thiemann. Het Hof oordeelde evenwel dat de regelmatige cognossementhouder — CTA — ook bij uitsluiting de bevoegdheid toekomt om de vordering tot schadevergoeding in te stellen. De HR overweegt:

> „Dit geldt ook in geval het cognossement aan de vervoerder ter verkrijging van uitlevering is aangeboden door een als zodanig voor de vervoerder uit het cognossement kenbare gevolmachtigde van de regelmatige houder van dat stuk, zomede indien degene die het cognossement ter uitlevering heeft aangeboden, daarbij of tevoren ondubbelzinnig aan de vervoerder heeft te kennen gegeven daarbij op te treden als gevolmachtigde van de regelmatige houder; in beide gevallen is het alleen de regelmatige houder, niet de gevolmachtigde, aan wie de bevoegdheid toekomt de rechten uit het cognossement uit te oefenen."

Hij accepteert derhalve geen uitzonderingen op de in 510 lid 1 WvK resp. 8:441 lid 1 BW neergelegde hoofdregel.

2. „Overriding obligations"

HR 11 juni 1993, *NJ* 1995, 235, noot Japikse (ook gepubliceerd in *S&S* 1993, 123) („Quo Vadis"), Kroezen tegen Gerling-Konzern Allgemeine Versicherung AG

De „Quo Vadis" loopt, geladen met een partij stalen hoeken, tijdens stormweer in de Golf van Biskaje machineschade op. Deze schade ontstaat doordat de luchtinlaten van de machinekamer openstaan en bij een grondzee water naar binnen slaat. Een sleepboot verleent hulp en sleept het schip naar Brest. De reder van de Quo Vadis verklaart avarij-grosse. De transportverzekeraar van de lading Gerling-Konzern Allgemeine Versicherung AG (hierna Gerling) voldoet het deel van het hulploon dat in het kader van de avarij-grosseregeling voor rekening van de lading komt, rechtstreeks aan de reder van het hulpverlenende schip. Vervolgens vordert Gerling, gesubrogeerd in

de rechten van de ladingbelanghebbende, dit bedrag van de reder van de Quo Vadis, Kroezen. Gesteld wordt dat er in casu sprake is van een samenloop van de volgende schade-oorzaken: (1) schending van zorg van de vervoerder voor de zeewaardigheid van het schip bij aanvang van de reis, waarvoor de zeevervoerder op grond art. III lid 1 sub a Hague Visby Rules/art. 468 lid 1 WvK (oud) (thans art. 8:381 lid 1 BW) aansprakelijk is (2) fout in de behandeling van het schip, hetgeen op grond van art. IV lid 2 sub a Hague Visby Rules en art. 469 lid 2 sub a WvK. (nu art. 8:883 lid 2 BW) een disculpatiegrond voor de vervoerder oplevert. In cassatie staat onder meer de vraag centraal of de vervoerder bij een dergelijke samenloop van oorzaken aansprakelijk is en zo ja, voor welk gedeelte.

De Hoge Raad beslist daarop het volgende. Indien de schade te wijten is aan twee oorzaken, dient de onzeewaardigheid waartegen niet voldoende is gewaakt, als enige oorzaak in aanmerking te worden genomen, zonder dat ter vermindering van de aansprakelijkheid, een beroep gedaan kan worden op de ontheffingen van het tweede lid van art. 469 WvK. Commentaar: Dit is — althans voor zover het de verplichting ex art. 468 lid 1 WvK (oud) (thans art. 8:381 lid 1 BW) betreft — een duidelijke aanvaarding van de leer van de „overriding obligations". Een gebrek aan zorg voor de zeewaardigheid van het schip bij aanvang van de reis prevaleert (is een „overriding obligation") ten aanzien van een disculpatiegrond ex art. 8:383 lid 2 BW/ art. IV lid 2 Hague Visby Rules. Zie voor een bespreking van dit arrest ook M.H. Claringbould, Over Hague-Visby Rules en Boek 8 BW, IUST 1994/3 p. 58-63 en W.J. Oostwouder, Hoofdzaken Boek 8 BW, Deventer 1994, p. 79-81.

3. Uitoefening pandrecht op zaken terzake waarvan verhandelbare cognossementen zijn afgegeven

HR 26 november 1993, *NJ* 1995, 446, noot Kleyn, *S&S* 1994, 25, Expeditiebedrijf Wim Bosman BV/Condorcamp

Condorkamp heeft in 1985 drie partijen sportschoenen gekocht, gemaakt in Azië, in opdracht van Etonic. Etonic had een exclusieve distributie-overeenkomst met Pemaco en Pemaco zorgde voor verscheping van de schoenen naar Rotterdam. Pemaco sloot daartoe een expeditie-overeenkomst met Bosman waarvan de Fenex-voorwaarden deel uitmaakten. Deze voorzien in een pandrecht ten gunste van de expediteur tegen diens principaal op zaken die de expediteur onder zich heeft voor openstaande vorderingen. Expediteur Bosman had van Pemaco ten tijde van het verschepen van de schoenen ruim *f*66.000,- te vorderen. Bosman schakelde voor dit vervoer in het Verre Oosten locale vervoerders in, die het vervoer op zich namen onder afgifte van drie verhandelbare FIATA Combined Transport Bills of Lading (hierna FBL's). Het ging hier om ordercognossementen die door endossement in blanco in wezen toonderpapieren waren geworden. Condorcamp heeft deze drie FBL's in Rotterdam aan Bosman gepresenteerd teneinde afgifte van de schoenen te krijgen. Bosman heeft echter deze afgifte ge-

weigerd met een beroep op het haar op de Fenex-voorwaarden jegens Pemaco toekomende pandrecht. Bosman heeft de schoenen doen veilen en de opbrengst geïnd. Bosman had de schoenen onder zich gekregen doordat zij uitlevering van de schoenen uit het zeeschip had verkregen door middel van zeecognossementen op naam van Bosman (er waren dus terzake van deze drie transporten tegelijkertijd verschillende documenten opgemaakt: de FBL's afgegeven door de locale expediteurs/vervoerders en zeecognossementen opgemaakt door de zeevervoerder in opdracht van de locale expediteurs/vervoerders).

Condorcamp eist als rechtmatig en regelmatig houder van de FBL's afgifte van de schoenen, en Bosman beroept zich op zijn pandrecht. De zaak speelde onder het oude recht, waarin het pandrecht uitsluitend bestaanbaar was wanneer de zaak in de macht van de pandgever werd gebracht; zie art. 1198 oud BW. De vraag die partijen verdeeld hield was of aan deze eis door Bosman was voldaan. Het hof oordeelde van niet omdat, kort gezegd, de schoenen na de afgifte van de verhandelbare cognossementen (FBL's) niet meer tot levering ter verpanding konden worden overgedragen zonder de overgave van die cognossementen. Bosman noch zijn ondervervoerders/expediteurs hadden aan dit vereiste van pandbezit voldaan, zodat, aldus het hof, geen pandrecht was ontstaan. De Hoge Raad onderschrijft dit oordeel en overweegt daarbij het volgende:

„Indien de eigenaar van per zeeschip verscheepte zaken (Pemaco en/of Etonic) ermee instemt dat voor die zaken verhandelbare cognossementen in het verkeer worden gebracht door afgifte daarvan aan de verschepers, geeft hij daarbij met werking tegen allen die van dit in het verkeer brengen op de hoogte zijn of behoren te zijn, de bevoegdheid prijs om ten nadele van hen aan wie deze cognossementen verhandeld zullen worden, pandrecht als bedoeld in art. 1196 oud BW op die zaken te vestigen door die zaken zelf, en niet de cognossementen, in de macht van de pandhouder te brengen (tenzij uit het cognossement zelf anders blijkt)."

Deze regel moet met het oog op de rechtszekerheid die in het belang van het internationale handelsverkeer is vereist, worden afgeleid uit de artt. 510, 511 en 517a oud WvK, alsmede uit de huidige artt. 8:441 in verband met de artt. 414, 415 en 417 BW (en in geval van gecombineerd vervoer op grond van de artt. 8:51 in verband met de artt. 41, 48 en 50 BW). De regel strookt met de in die bepalingen vervatte bescherming van de rechtmatige en regelmatige cognossementhouder jegens wie tegen de inhoud van het cognossement geen tegenbewijs is toegelaten, en die niet gebonden is aan overeenkomsten waarbij hij geen partij is en waarvan uit het cognossement niet blijkt.

4. Afgifte lading aan niet-cognossementhouder

HR 23 juni 1989, *S&S* 1989, 120, W.T.A. Beerends/Transtrading BV (Padus)

Beerends was vervrachter van de Padus. Met dit binnenschip werd een partij gasolie van Rotterdam naar Duitsland vervoerd, op basis van een vervoero-

vereenkomst tussen afzender Transtrading en vervoerder Rufa. Transtrading verkocht de partij gasolie onder de conditie C&F Dortmund aan Cosmos. Over afgifte van een cognossement wordt niet gesproken, maar bij de inontvangstneming van de gasolie aan boord van de Padus wordt op verzoek van de Amro Bank, financier van Transtrading, een ordercognossement afgegeven, getekend onder het woord „master" door de stuurman. Het is dus een zogenaamd kapiteinscognossement, waardoor de eigenaar/vervrachter van het schip, Beerends, als vervoerder gebonden is (zie art. 793 WvK oud en thans art. 8:943 BW). Tijdens de reis geeft Transtrading aan de Padus opdracht niet te lossen in Dortmund maar in Duisburg. Aldus geschiedt, waarbij de vervoerder verzuimt om inname van het cognossement te vragen. De koper gaat failliet en Transtrading ontvangt de koopsom dus niet. Als cognossementhouder spreekt Transtrading de vervoerder aan wegens, kort gezegd, aflevering aan de verkeerde persoon. Zij verlangt vergoeding van haar schade die daarin is gelegen dat zij wel de vracht heeft moeten voldoen, maar geen betaling van de koopprijs heeft ontvangen.

Het Hof heeft terecht beslist, aldus de Hoge Raad, dat het onderhavige document een cognossement is, nu het voldoet aan het bepaalde in het oude art. 842 WvK. De definitie van lid 1 is in het nieuwe boek 8 BW niet terug te vinden, maar niet omdat de wetgever op dit punt van inzicht is veranderd; hij wilde de rechter slechts ruimte geven om méér documenten onder dit begrip te vatten (men zie de Toelichting op het zeerechtelijke art. 8:399, Parl. Gesch. bk 8, p. 433).

Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

> „Door in afwijking van de rb. te oordelen dat ook in het onderhavige geval de uitgifte van het cognossement plaatsvond met het oogmerk dat iedere regelmatige houder ervan afgifte van de daarin vermelde lading kon verlangen, is het hof niet met enige rechtsregel in strijd gekomen. 's Hofs oordeel is niet onbegrijpelijk, ook niet tegen de achtergrond van de latere instructie van Transtrading aan de Padus niet te lossen in Dortmund maar in Duisburg, ...".

Daarmee is in wezen gewoon de hoofdregel toegepast: Beerends had als vervoerder onder cognossement slechts mogen afleveren aan de regelmatige houder ervan. De nadere instructie (lossen in Duisburg) deed daaraan niet af.

Zie over dit arrest de Leidse oratie van Prof. mr M.H. Claringbould, Het schip en zijn cognossementen (1996).

5. Aanvaring

HR 3 september 1993, *NJ* 1994, 225, noot Mendel (het arrest is ook gepubliceerd in *S&S* 1994, 61), Handelsmaatschappij Jac. Dagevos BV („Pieter") tegen C.G. Verheij („Seolto")

HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 511, noot Japikse (het arrest is ook gepubliceerd in *S&S* 1995, 3), BV Sleepdienst- en Transportonderneming G.J. Eerland LCM Zn. tegen gemeente Rotterdam

Het eerste arrest betrof een aanvaring (december 1987) op het Schelde-Rijnkanaal van de kleine bunkerboot „Pieter" (86 ton) met het veel grotere containerschip „Seolto" (2992 ton). De „Seolto", wegens de dichte mist varend op de radar, was bezig met een snelheid van 14 à 15 kilometer per uur het eveneens in noordelijke richting varende binnenschip „Robert" op te lopen. In verband met deze manoeuvre, waarmee de „Robert" over de marifoon had ingestemd, voer de „Seolto" ruim in haar bakboordhelft van het betonde vaarwater. Intussen voer de „Pieter", stijf de stuurboord-wal houdend, in tegenovergestelde richting. Nadat de „Robert" en de „Pieter" elkaar bakboord op bakboord waren gepasseerd, zag de schipper van de „Pieter" plotseling uit de mist de boeg van de „Seolto" voor zich oprijzen. In paniek gaf hij vol achteruit, met als gevolg dat de „Pieter" bakboord uitging; vervolgens werd het bunkerbootje in luttele momenten door de „Seolto" eerst bij het stuurboord-voorschip aangevaren, daardoor naar bakboord weggezet, nogmaals, maar dan aan het stuurboord-achterschip, geraakt, waarna het dwars voor de „Seolto" kwam en door dit schip werd om- en overgevaren. De schipper van de „Pieter" kon ternauwernood worden gered. De eigenaar van de „Pieter" erkende in de procedure die volgde dat zijn schip voor 50% schuld had aan de aanvaring, maar stelde dat de „Seolto" voor 50% medeschuld had. Evenals de rechtbank wilde het hof van medeschuld van de „Seolto" niet weten. Voor het hof was beslissend dat de „Seolto" en de „Pieter" elkaar zouden hebben vrijgevaren indien de schipper van de „Pieter" voldoende oplettend had genavigeerd en niet in paniek had gereageerd. Gelet met name op de breedte van het vaarwater en de positie van de betrokken schepen bestond er volgens het hof voor de „Seolto" ondanks de mist geen feitelijk maar ook geen formeel beletsel de Robert te gaan oplopen en daarbij in de bakboord-helft van haar vaarwater te komen. Indien ieder zijn koers had vervolgd dan had er niets hoeven te gebeuren. Het hof sloot weliswaar niet uit dat de „Seolto" een koers had gevaren die onnodig ver over de as van het vaarwater lag — en in zoverre ook risicoscheppend was, juist ook wegens de mist en de vrij hoge snelheid van de „Seolto" — maar die fout viel volgens het hof in het niet bij de fout van de „Pieter", die onvoldoende had opgelet en bij zorgvuldige navigatie de aanvaring had kunnen vermijden.

Opmerkelijk genoeg — over de schuldvraag bij aanvaringen als de onderhavige wordt wegens het overwegend feitelijke karakter ervan zelden geprocedeerd tot aan de Hoge Raad — ging de „Pieter" in cassatie, en — opmerkelijker nog — met succes. De Hoge Raad wees erop dat de te dezen toepasselijke voorschriften van het Binnenvaartpolitiereglement (BPR) meebrengen, voor zover hier van belang, dat bij dichte mist schepen, waarvan de schipper meent dat doorvaren verantwoord is, zoveel mogelijk de stuurboord-zijde van het vaarwater moeten houden en hun snelheid moeten

aanpassen aan de mate van beperking van het zicht, aan de aanwezigheid en bewegingen van andere schepen en aan de plaatselijke omstandigheden. De aard van de situatie waarop deze voorschriften betrekking hebben, brengt voorts mee dat bij de toepassing daarvan mede rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid dat andere schepen als gevolg van het slechte zicht en de zwaardere last die dit op de navigatie legt, fouten van min of meer ernstige aard zullen maken, ook bij schepen die, zoals de Pieter, gebruik maken van radar en marifoon. Het hof had volgens de Hoge Raad nagelaten onder ogen te zien dat in het licht van bedoelde voorschriften de „Seolto" — die zelf in strijd met die voorschriften ruim in haar bakboordhelft van het vaarwater voer — rekening had te houden met de mogelijkheid dat een ogenblik van onoplettendheid aan de zijde van de „Pieter" tot een paniekreactie en zo tot ernstig gevaar voor een aanvaring zou kunnen leiden. Hierbij achtte de Hoge Raad mede van belang dat de „Seolto" een vrij hoge snelheid liep en in vergelijking tot de „Pieter" een vrij groot schip was. Door te oordelen dat de fout van de „Seolto" in het niet viel bij de fout van de Pieter, was het hof er volgens de Hoge Raad onder de gegeven, bijzondere omstandigheden ten onrechte vanuit gegaan dat de „Seolto" in beginsel op een foutloze wijze van varen van de „Pieter" mocht vertrouwen. Mendel wijst er in zijn noot onder het arrest op dat de door de Hoge Raad gegeven beslissing past in eerdere jurisprudentie van de cassatierechter terzake van aanrijdingen in het wegenverkeersrecht; ook wijst hij op het bekende Kelderluikarrest (HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, met noot GJS), waarin heel in het algemeen werd aangegeven dat men soms rekening heeft te houden met de mogelijkheid dat een ander in het licht van de omstandigheden van het geval niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid zal betrachten.

In het tweede arrest stond onder andere de uitleg van art. 544a lid 2 (oud) WvK. centraal. Deze bepaling, die overeenkomt met het huidige art. 8:546 (tweede zinsdeel) BW, luidt:„Het schip, dat in botsing of in aanraking komt met een ander, zoo noodig behoorlijk verlicht, vast of te bekwamer plaatse vastgemaakt voorwerp, is aansprakelijk voor de schade, tenzij blijkt dat de botsing of aanraking niet is veroorzaakt door schuld van het schip".

De vraag rees of deze bepaling van bewijslastverdeling ook van toepassing is indien niet het schip als zodanig, maar de zich daarop bevindende lading in aanraking komt met een vast voorwerp. In casu betrof het een op een ponton (de „E 2002") vastgemaakte havenkraan die werd gesleept door twee sleepboten (de „Eerland 16" en de „Eerland 17") en tijdens dit vervoer in aanraking kwam met het brugdek van de geopende Calandbrug (een hefbrug te Rotterdam). De Hoge Raad overwoog dat de rechtsgrond van het bepaalde in art. 544a lid 2 (oud) WvK is dat het in het algemeen redelijk is de reder te belasten met bewijs dat de botsing of aanraking van een schip met een vast voorwerp niet is veroorzaakt door schuld van het schip. Niet valt in te zien, aldus de Hoge Raad, dat het hierbij verschil zou behoren te maken of het schip zelf, dan wel een zich aan boord daarvan bevindende zaak met het

vaste voorwerp in aanraking is gekomen. Het strookt dan ook met de strekking van art. 544a (oud) WvK ook een dergelijke zaak, *voor de toepassing van dit artikel*, tot het schip te rekenen.

De reder van de ponton had ook nog betoogd dat de bewijslastomkering van art. 544a (oud) WvK mede hierom niet van toepassing was, omdat het *beweegbare* gedeelte van een brug niet als een „vast voorwerp" kan worden beschouwd. De Hoge Raad oordeelde dat in het algemeen inderdaad moet worden aangenomen dat voor de toepassing van de onderhavige bewijslastregel geen plaats is, wanneer het gaat om een botsing of aanraking van een schip met het gedeelte van een brug dat met het oog op het verlenen van doorvaart aan schepen beweegbaar is (en de brug met het oog daarop is bemand). Dit is volgens de cassatierechter slechts anders indien de vaststaande feiten meebrengen dat reeds bij voorbaat uitgesloten moet worden geacht dat de bewegingen die met dit gedeelte zijn gemaakt of het nalaten daarvan tot het ontstaan van de botsing of aanraking hebben bijgedragen. Of die uitzondering zich in casu voordeed, kon de Hoge Raad uit de door het hof vastgestelde feiten niet afleiden. Met name had het hof zich de vraag moeten stellen of, gesteld dat de brug niet in de hoogste stand zou zijn gebracht, deze omstandigheid de botsing (mede) zou hebben kunnen veroorzaken. Een bevestigend antwoord van die vraag zou ertoe leiden dat in het voorliggende geval het beweegbare gedeelte van de brug niet als een „vast voorwerp" in de zin van art. 544a (oud) WvK gekwalificeerd had mogen worden.

III. WEGVERVOERRECHT

1. Belastingschade bij diefstal van sigaretten; samenloop wanprestatie en onrechtmatige daad

Hoge Raad, 6 april 1990, *NJ* 1991, 689, noot Brunner (het arrest is ook gepubliceerd in S&S 1990, 74), Van Gend & Loos NV tegen Transport- en Opslagbedrijf Vitesse BV

Transport- en Opslagbedrijf Vitesse BV (hierna: Vitesse) had op zich genomen om voor Van Gend & Loos NV (hierna: VGL) een container met cartons sigaretten te vervoeren binnen Rotterdam van de Waalhaven naar het terrein van VGL aan de Wilhelminakade, waar Vitesse de container op maandagochtend 1 oktober 1984 moest afleveren. Reeds op vrijdag 28 september 1984 bracht Vitesse de container van de Waalhaven naar haar eigen terrein te Rotterdam met de bedoeling hem daar gedurende het weekeinde te laten overstaan en maandagochtend verder naar het terrein van VGL te vervoeren. Gedurende het weekeinde werd de container echter van het terrein van Vitesse ontvreemd. Een deel van de lading sigaretten werd later — na een tip — teruggevonden. VGL stelde vervolgens Vitesse *primair* uit onrechtmatige daad, *subsidiair* uit wanprestatie aansprakelijk voor de door haar geleden schade — ruim een half miljoen gulden aan betaalde invoer-

rechten, omzetbelasting en tabaksaccijns wegens het niet kunnen aanzuiveren van het douanedocument, en het betaalde tipgeld.

Rechtbank en hof wezen de primaire vordering af op grond van de overweging dat het weghalen van de container door Vitesse plaatsvond in het kader van de gesloten vervoerovereenkomst, zodat voor een vordering uit onrechtmatige daad geen plaats was en VGL slechts uit wanprestatie kon ageren. Het hiertegen gerichte cassatiemiddel van VGL had enig succes — al zou dat haar uiteindelijk niet baten. De Hoge Raad oordeelde namelijk dat de feiten waarvan in cassatie moest worden uitgegaan, te weten het zonder uitdrukkelijke opdracht ophalen door Vitesse van de container op vrijdag en het opslaan van die container in het weekeinde op haar eigen onvoldoende bewaakte terrein, terwijl zij wist dat de inhoud diefstalgevoelig was, ook onafhankelijk van schending van haar verplichting uit de vervoerovereenkomst, een onrechtmatige daad van Vitesse opleverden. Deze beslissing van de Hoge Raad sluit overigens naadloos aan bij zijn vaste rechtspraak over de samenloop van rechtsvorderingen uit wanprestatie en onrechtmatige daad (men zie daarover de noot van Brunner onder het arrest). Maar, zo vervolgde de Hoge Raad, het feit dat Vitesse een onrechtmatige daad pleegde, betekent niet dat haar aansprakelijkheid terzake niet wordt beheerst door de Wet Overeenkomst Wegvervoer (W.O.W. — de „voortrein" van de per 1 april 1991 in werking getreden titel 13 van Boek 8 BW). Die wet gaat uit van het ook in Boek 8 BW vervatte stelsel dat de vervoerder die buiten overeenkomst terzake van een bij de exploitatie van het voertuig ontstane schade wordt aangesproken — door een derde („paardensprong"), of, zoals in casu, door zijn wederpartij („parallelsprong") — niet verder aansprakelijk is dan hij zou zijn op grond van de vervoerovereenkomst. Anders gezegd: indien Vitesse op grond van de door haar met VGL gesloten vervoerovereenkomst (ex contractu) niet aansprakelijk was voor de door VGL geleden schade, dan was zij dit ook niet op grond van de door haar jegens VGL gepleegde onrechtmatige daad. Voor het huidige recht volgt dit uit de artt. 8:1081 jo. 8:361 t/m 366 BW.

Wat dan de (subsidair ingestelde) vordering op grond van de vervoerovereenkomst betreft: rechtbank en hof hadden beslist dat de gevorderde belastingschade en de schade wegens het betaalde tipgeld krachtens het bepaalde in art. 25 WOW (thans art. 8:1103 BW) niet voor vergoeding in aanmerking kwamen. Die beslissing was volgens de Hoge Raad juist, omdat krachtens die bepaling voor de berekening van de door de vervoerder verschuldigde schadevergoeding slechts als maatstaf in aanmerking kan worden genomen, de waarde die de ten vervoer ontvangen zaken ter bestemming zouden hebben gehad indien zij conform de verplichtingen van de vervoerder zouden zijn afgeleverd. Gevolgschade, zoals het betaalde tipgeld, valt aldus buiten de boot. En ook de belastingschade kwam niet voor vergoeding in aanmerking, omdat de in art. 25 WOW bedoelde bestemmingswaarde in casu moest worden berekend exclusief invoerrechten, omzetbelasting en tabaksaccijns: deze belasting zou niet verschuldigd zijn geweest indien

Vitesse de container met sigaretten conform haar verplichtingen op maandagmorgen bij VGL had afgeleverd (het betrof immers douanegoederen die voor doorvervoer waren bestemd). Men zie over dit arrest uitvoerig Van de Laarschot, Hoe gemeen is de aansprakelijkheid van de wegvervoerder volgens Boek 8 BW?, in: *Ars Aequi*, bijzonder nummer Vervoersrecht, mei 1993, p. 95 e.v.

2. CMR toepasselijk op schade door contaminatie in landtank?

HR 15 april 1994, *S&S* 1994, 72 („Cargofoor"), BV Transport- en Expeditiebedrijf „Cargofoor" tegen Rotterdams Tank Transport BV

BV Transport- en Expeditiebedrijf „Cargofoor" (hierna Cargofoor) vervoert in opdracht van Rotterdams Tank Transport BV (hierna RTT) per vrachtauto azijnzuur van Rotterdam naar Tubize (België). Tijdens dit vervoer raakt het azijnzuur verontreinigd. Na aankomst wordt het verontreinigde azijn gelost in een landtank, waarin zich reeds een hoeveelheid niet verontreinigd azijnzuur bevindt. Door vermenging ontstaat contaminatieschade aan de reeds aanwezige inhoud. RTT vordert vergoeding van deze contaminatieschade. Cargofoor beroept zich primair op art. 28 jo. 23 CMR en subsidiair op art. 25 WOW (thans art. 8:1103 BW) op grond waarvan de schadevergoeding wordt berekend met inachtneming van de waarde die de *vervoerde* (cursivering, WJO) zaken respectievelijk (art. 23 CMR) bij inontvangstneming of bij aflevering (art. 25 WOW) hadden. Voorts bevatten zowel de CMR en de WOW een limiet per kilo vervoerd gewicht.

In cassatie staat allereerst de vraag centraal of de CMR ook van toepassing is op aansprakelijkheid van de vervoerder in een geval als het onderhavige, waarin schade is toegebracht aan andere dan de vervoerde zaken. De Hoge Raad overweegt hieromtrent onder meer het volgende: „De CMR voorziet niet in een uitputtende regeling voor de aansprakelijkheid van de vervoerder. Art. 17 regelt uitsluitend de aansprakelijkheid van de vervoerder voor verlies van of schade aan door hem vervoerde zaken, alsmede voor vertraging in de aflevering. Aansprakelijkheid van de vervoerder voor andere dan de vervoerde zaken wordt niet door de CMR doch door het toepasselijke nationale recht beheerst. Waar art. 23 spreekt van geheel of gedeeltelijk verlies van „de goederen", geeft het een regeling voor de aansprakelijkheid voor schade door geheel of gedeeltelijk verlies van de vervoerde zaken bedoeld in art. 17." Ook het beroep op de toepasselijkheid van de WOW op deze schade verwerpt de Hoge Raad: „In genoemd art. 25 wordt, evenals in art. 23 CMR, slechts een regeling gegeven voor aansprakelijkheid van een vervoerder voor schade aan vervoerde zaken. De bepaling is derhalve niet van toepassing in het onderhavige geval waarin vergoeding wordt gevorderd van schade aan andere dan vervoerde zaken." Dit betekent dat RTT — niet gehinderd door enige limiet of verplichte wijze van schadeberekening — door middel van een onrechtmatige daadsactie (ex art. 6:162 BW) vergoeding van de contaminatieschade van Cargofoor kan vorderen.

3. Het begrip „aflevering" in art. 17 lid 1 CMR

HR 24 maart 1995, *S&S* 1995, 74, Nieuw Rotterdam Schade NV tegen Van den Bosch Transporten BV

Vervoerder Van den Bosch heeft op 2 april 1986 in opdracht van Mars een partij vloeibare chocolade vervoerd van Veghel naar Haguenau te Frankrijk. Het vervoer vindt plaats onder CMR in een speciaal daarvoor ingerichte tankoplegger. In verband met een te lage temperatuur van de chocolade kan in Haguenau maar een deel gelost worden; het restant is te hard geworden. Na overleg tussen partijen wordt de niet geloste chocolade weer teruggebracht naar Veghel. Nadat op 4 april 1996 bij en door Mars weer een deel is gelost door handmatig de chocolade los te hakken, is de tanker teruggekeerd naar het bedrijf van de vervoerder om op verzoek van Mars door aansluiting van de verwarming de tanks te verwarmen en zo de lading weer vloeibaar te maken, zodat de chocolade gemakkelijker kon worden gelost. Op 12 april — Mars kon niet eerder lossen — blijkt de overgebleven chocolade verbrand te zijn. Ladingassuradeuren spreken de vervoerder aan tot schadevergoeding. Waar het in deze zaak om gaat is de vraag wat moet worden verstaan onder het begrip aflevering in de zin van art. 17 lid 1 CMR. Is dat het moment waarop de vervoerder het restant in Veghel aan Mars ter beschikking stelde en Mars met de lossing was aangevangen of is er pas sprake van aflevering als ook het laatste deel van de chocolade door de vervoerder uit de tank is gepompt? Deze vraag is van belang om te kunnen vaststellen op welk moment de aansprakelijkheid van de vervoerder onder CMR eindigt. De Hoge Raad oordeelt dat onder aflevering niet slechts valt de bestaande feitelijke lossing of afgifte van de vervoerde zaken, omdat de tekst van art. 17 lid 1 voor zo'n beperkte uitleg geen grond geeft. Bovendien zou zo'n beperkte uitleg ook tot onredelijke uitkomsten kunnen leiden in die gevallen waarin de contractuele losplicht op de wederpartij van de vervoerder rust. Dan ligt het immers voor de hand het tijdstip waarop die wederpartij de feitelijke beschikking over die zaken krijgt aan te merken als het tijdstip van aflevering. Het is immers denkbaar dat de vervoerde zaken na aankomst ter bestemming krachtens een andere overeenkomst dan de vervoerovereenkomst onder de vervoerder blijven berusten; zie bijvoorbeeld HR 20 april 1979, *NJ* 1980, 518 en *S&S* 979, 83 inzake Smits/Ribro.

INDUSTRIËLE EIGENDOM EN ONGEOORLOOFDE MEDEDINGING

I. MERKEN

1. Geschiktheid als merk (art. 1 BMW)

BGH 16 december 1991, *NJ* 1992, 596, noot Verkade, Burberrys Limited tegen Bossi S.P.A. e.a.

Bovengenoemde procedure kan beschouwd worden als een vervolg op het reeds in het vorige rechtspraakoverzicht (*TPR* 1990, nr. 2, p. 891) besproken arrest Burberrys I. Ook hier ging het weer om door Burberrys als merk gedeponeerde ruitmotieven. Bossi c.s. vorderden nietigverklaring van deze depots op grond van art. 14A lid 1 sub a jo art. 1 BMW en dit leidde tot een aantal vragen aan het BGH.

Een van die vragen was of het nodig is — om als merk in de zin van art. 1 BMW beschouwd te kunnen worden — dat het publiek beseft dat het teken bepaaldelijk bedoeld is als teken ter onderscheiding van de waar en aanduiding van herkomst. Het BGH beantwoordde deze vraag ontkennend: het komt er enkel op aan of het teken zich *ertoe leent* het in aanmerking komende publiek in staat te stellen de waar als afkomstig uit een bepaalde onderneming te herkennen. Hieraan werd nog toegevoegd dat in dit kader niet van belang is hoe groot het gedeelte van het in aanmerking komende publiek is dat *in feite* de waar (op grond van zijn uiterlijk, i.c. het ruitmotief) als afkomstig van de ondernemer herkent.

Een andere vraag was of met „vormen van waren" als bedoeld in art. 1 lid 1 en 2 BMW uitsluitend driedimensionale tekens worden bedoeld of dat ook een dessin (de ruitmotieven) als zulk een vorm van de waar kan worden aangemerkt. In een uitvoerig — onder meer historisch onderbouwd — betoog kwam het BGH tot de conclusie dat met „vormen van waren" uitsluitend driedimensionale tekens bedoeld worden. Gevolg hiervan was dat de depots van de ruitmotieven niet op grond van art. 14A lid 1 sub a jo art. 1 lid 2 (een vorm die de wezenlijke waarde van de waar beïnvloedt) nietig verklaard konden worden.

2. Inbreuk op een merk (art. 13A lid 1 sub 1 BMW)

HR 2 maart 1990, *NJ* 1991, 148, noot Verkade, Droste BV tegen Baronie-De Heer BV

BGH 20 december 1993, *NJ* 1994, 637, noot Verkade, Shell International Petroleum Company Ltd. tegen C.P.M. Walhout-de Visser

BGH 20 december 1993, *NJ* 1994, 638, noot Verkade, Daimler-Benz A.G. e.a. tegen J.J. Haze en Zoon BV e.a.

BGH 13 juni 1994, *NJ* 1994, 666, noot Verkade, Wolf Oil Corporation tegen Century Oil Industries

BGH 16 juni 1995, *NJ* 1995, 745, noot Verkade, Linguamatics BV tegen Stichting Polyglot

HR 3 november 1995, *RvdW* 1995, 226, Frits Loendersloot tegen George Ballantine & Son Ltd. e.a.

Art. 13A lid 1 sub 1 BMW bepaalde dat de merkhouder zich kon verzetten tegen elk gebruik dat van het merk of een overeenstemmend teken werd gemaakt voor de waren waarvoor het merk was ingeschreven of voor soortgelijke waren. Zie hierover Gielen/Wichers Hoeth, Merkenrecht, 1992, p. 437 e.v. In de huidige tekst van art. 13A is deze bepaling uiteen gevallen in art. 13A lid 1 sub a en b BMW. In het hiernavolgende zullen we enige jurisprudentie bespreken waarin onder meer een aantal begrippen uit art. 13A lid 1 sub 1 aan de orde komt en wel a) overeenstemmend teken b) gebruik in de zin van het genoemde artikel en c) soortgelijkheid.

a. Overeenstemmend teken

In de eerste hiervoor genoemde procedure ging het onder meer om de vraag of de merken van partijen overeenstemden. De Hoge Raad ging bij zijn beslissing uit van het criterium dat het Benelux Gerechtshof had ontwikkeld in het Union-arrest (BGH 20 mei 1983 *NJ* 1984, 72): er is sprake van overeenstemming tussen een merk en een teken, wanneer — mede gezien de bijzonderheden van het gegeven geval, en met name de onderscheidende kracht van het merk — merk en teken, elk in zijn geheel en in onderling verband beschouwd auditief, visueel of begripsmatig zodanige gelijkenis vertonen dat reeds daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd associaties tussen het teken en het merk worden gewekt.

Met deze maatstaf, aldus de Hoge Raad, strookt het in beginsel niet om bij de vergelijking bepaalde elementen (zoals het hof had gedaan) „weg te denken". Het hof was namelijk tot de conclusie gekomen dat er geen overeenstemming met de beeldmerken van Droste was (welke beeldmerken bestonden uit de achthoekige bovenzijde van haar verpakking en het achthoekige zegel dat op die verpakking werd gebruikt) en had daarbij bepaalde elementen buiten beschouwing gelaten of anders gezegd: weggedacht. Het feit dat de achthoekige vorm en de kleuren waarom het hier ging (rood en blauw) op zichzelf geen onderscheidende kracht hadden en derhalve zoals het hof dat uitdrukte „vrij" waren bracht niet mee dat deze elementen bij een vergelijking niet moesten worden betrokken.

Verder merkte de Hoge Raad nog op dat ook het feit dat er voor de achthoekige dozen nog geen vormmerk was gedeponeerd niet kon rechtvaardigen dat bij een vergelijking terzake van de beeldmerken de achthoekige vorm buiten beschouwing werd gelaten.

Zie voor het arrest ook hierna onder 6b (depot te kwader trouw).

b. Gebruik in de zin van art. 13A lid 1 sub 1

Het is niet altijd eenvoudig om uit te maken of bepaalde handelingen die in de maatschappij verricht worden op grond van de BMW bestreden kunnen worden en zo ja, op grond van welk onderdeel van deze wet. Wij zullen hier enkele interessante in de jurisprudentie besliste gevallen bespreken.

In het tweede hiervoor genoemde arrest (Shell/Walhout) vulde Walhout, zonder toestemming van Shell, gasflessen die eigendom waren van Shell en waren voorzien van onder meer het merk „Shell". De flessen werden haar ter vulling door derden aangeboden, vervolgens door Walhout gevuld met niet van Shell afkomstig vloeibaar gas, en daarna weer aan de aanbieders afgeleverd. Hier meende het BGH dat er sprake was van verhandeling van een waar in een verpakking, die was voorzien van eens anders merk en kwam het tot de conclusie dat er sprake was van gebruik voor (dezelfde of soortgelijke) waren in de zin van art. 13A lid 1 sub 1. De omstandigheid dat Walhout de flessen ter vulling door de afnemer aangeboden kreeg en vervolgens, na vulling, weer aan die afnemer afleverde was voor de conclusie dat er gebruik in de zin van art. 13 lid 1 sub 1 was niet van belang. Verder merkte het BGH op dat er ook dan sprake is van het bedoelde gebruik voor waren als bij de afnemer niet een onjuiste voorstelling kon worden gewekt omtrent de herkomst van het gas (als de afnemer wist dat het gas niet van Shell afkomstig was): „dat immers een op de waar of haar verpakking aangebracht merk zijn werking — dat is: die waar van soortgelijke waren te onderscheiden en haar herkomst te demonstreren — niet alleen tegenover de afnemer, doch tegenover een ieder uitoefent;".

Kortom, dat de afnemer weet dat het gas niet van Shell afkomstig is, is van geen belang. Het gaat er om dat bij *het publiek* geen onjuiste voorstelling mag worden gewekt omtrent de herkomst van de waar. Shell kon zich dus tegen de handelingen van Walhout met succes verzetten.

Het arrest Daimler Benz/Haze ging over een bedrijf dat niet tot de officiële dealerorganisatie van Daimler Benz behoorde en aankondigde dat het in Mercedessen handelde op onder meer de volgende wijze: „Verkoop van Mercedes automobielen" en „Mercedes Benz occasions". Het BGH oordeelde dat er van gebruik voor waren (in de zin van art. 13A lid 1 sub 1) sprake was „indien en voor zover hij die aankondiging doet op zodanige wijze dat voor het publiek duidelijk is dat het gebruik van het merk betrekking heeft op een bepaalde, door hem verhandelde of ter levering aangeboden waar, welke door dit gebruik van die van anderen wordt onderscheiden". Eigenlijk is dit het criterium uit het Omnisport-arrest (BGH 7 november 1988, *NJ* 1989, 300, zie het vorige rechtspraakoverzicht, TPR 1990, p. 897). Het desbetreffende gebruik voor waren achtte het BGH geoorloofd omdat dit viel onder de uitputtingsregel van art. 13A lid 3 BMW (thans art. 13A lid 8, zie verder ook hierna onderdeel 4). Zodra evenwel gerede kans bestaat, door de wijze waarop de wederverkoper het merk voor het bedoelde aankondigen gebruikt, dat bij het publiek de indruk wordt gewekt dat het

merk daarbij in belangrijke mate wordt gebezigd *om reclame te maken voor zijn onderneming als zodanig* door het wekken van een bepaalde kwaliteitssuggestie (zoals bijvoorbeeld het bestaan van een bijzondere band tussen zijn onderneming en de merkhouder) is sprake, volgens het BGH, van gebruik van het merk in de zin van art. 13A lid 1 sub 2 (nu art. 13A lid 1 onder d). Een en ander hangt van de omstandigheden van het geval af.

De kwestie van de exportmerken speelde de hoofdrol in het arrest Wolf Oil/ Century Oil. Wolf Oil is in de Benelux houdster van het merk „Champion". Century Oil plaatste dit merk in haar werkplaatsen op de verpakkingen van haar soortgelijke produkten. Deze produkten waren uitsluitend voor de export buiten de Benelux bestemd en het merk was voor het publiek in de Benelux (buiten de onderneming van Century Oil) niet zichtbaar. De vraag was nu of Century Oil desalniettemin het merk „Champion" gebruikte voor zijn soortgelijke waren als bedoeld in art. 13A lid 1 sub 1. Deze vraag werd door het BGH bevestigend beantwoord. Wij zullen hier op de argumenten niet nader ingaan omdat deze kwestie thans ten gevolge van het laatste Protocol in de BMW zelf geregeld is in identieke zin: zie art. 13A lid 2 sub a, waaruit blijkt dat het enkele aanbrengen van het merk (door i.c. Century Oil) op de waren of op hun verpakking gebruik van het merk oplevert.

Wij komen thans tot het laatste hier te bespreken arrest: Loendersloot/ Ballantine e.a. Ballantine e.a. produceren en verhandelen in hoofdzaak whisky. De whisky wordt verhandeld in flessen waarop zich een etiket met het aan ieder der producenten toekomende merk bevindt. Die merken worden ook op de verpakkingen van de flessen aangebracht. Loendersloot (een transportondernemer) verving de etiketten door (soms gewijzigde) nabootsingen, verwijderde op de flessen en verpakkingen voorkomende identificatietekens en exporteerde de whisky vervolgens naar landen in en buiten Europa. De merkenrechtelijke vraag was nu of het verwijderen van de merken en het vervolgens opnieuw aanbrengen van dezelfde of soortgelijke merken gebruik van de merken in de zin van art. 13A lid 1 sub 1 was. De Hoge Raad verwees naar het arrest Wolf Oil/Century Oil en meende dat in ieder geval het (opnieuw) aanbrengen van dezelfde of soortgelijke merken gebruik van die merken in de zin van genoemde bepaling was, waaraan niet afdeed dat Loendersloot niet de eigenaar van de betrokken producten was en deze niet verhandelde of deed verhandelen. Bovendien werd, wat de wijziging van een merk betreft, in navolging van het hof het beroep van Loendersloot op art. 13A lid 3 (de uitputtingsregeling) verworpen omdat deze bepaling niets te maken heeft met wijziging van het merk zelf, en omdat, daar de waar niet door de merkhouder of zijn licentiehouder onder dat gewijzigde merk in het verkeer was gebracht, art. 13A lid 3 niet van toepassing kon zijn.

c. Merk dat tevens de hoedanigheid van soortgelijke waar aanduidt; soortgelijkheid

De stichting Polyglot, een tekst- en vertaalservice bureau, is houdster van het dienstmerk „Polyglot". Linguamatics was het woord polyglot gaan gebruiken voor een software-pakket waarvan in cassatie veronderstellenderwijs werd aangenomen dat het was aan te merken als een meertalig woordenboek. De stichting verzette zich op grond van haar merkrecht tegen dit gebruik door Linguamatics.

De eerste vraag (met betrekking tot de uitleg van art. 13A lid 1 sub 1) van de Hoge Raad aan het BGH in dit verband was nu of, indien een merk ten aanzien van de waren en/of diensten waarvoor het is ingeschreven onderscheidend vermogen heeft, doch ten aanzien van de soortgelijke waren en/of diensten van een ander louter beschrijvend is, de merkhouder zich kan verzetten tegen het gebruik dat de ander van het merk maakt niet slechts ter omschrijving, maar ook ter onderscheiding van diens waren en/of diensten.

Het BGH beantwoordde, naar wij menen terecht, deze vraag aldus dat de merkhouder zich er niet tegen kan verzetten dat een ander zijn merk gebruikt als een woord om aan te geven dat zijn soortgelijke waren of diensten een bepaalde (met dat woord aangeduide) hoedanigheid bezitten. Verzet is echter wel mogelijk indien het bedoelde aangeven op zodanige wijze geschiedt dat bij het in aanmerking komende publiek de indruk wordt gewekt dat het woord wordt gebezigd ter onderscheiding van de waren of diensten van de ander. Zie in dit verband thans ook art. 13A lid 6 onder b) dat bepaalt dat in beginsel verzet van de merkhouder tegen het gebruik door een derde van bepaalde aanduidingen (zoals soort, kwaliteit etc.) niet mogelijk is.

De tweede vraag van de Hoge Raad betrof het begrip „soortgelijk" in de zin van art. 13A lid 1 sub 1. Is het voor het antwoord op de vraag of waren en/of diensten soortgelijk zijn van betekenis of door het gebruik waartegen de merkhouder zich verzet schade aan deze merkhouder kan worden toegebracht? In het kader van deze vraag ging het BGH in op de kwestie naar welk criterium de soortgelijkheid moet worden beoordeeld. In de literatuur werd hier verschillend over gedacht.

Het BGH leert nu dat beslissend is in hoeverre het publiek de waren of diensten als naar hun aard — commercieel, technisch of anderszins — verwant met de waren of diensten van de merkhouder beschouwt. Vervolgens wordt dan opgemerkt dat de mogelijkheid van schade voor de merkhouder buiten beschouwing dient te blijven bij de beantwoording van de vraag of waren en/of diensten als soortgelijk in de zin van art. 13A lid 1 sub 1 zijn aan te merken.

3. Inbreuk op een merk (art. 13A lid 1 sub 2 BMW)

HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 642, noot Gielen, Ciba-Geigy A.G. tegen Ralph Hali

BGH 13 december 1994, *NJ* 1995, 409, noot Verkade, NV Motorest tegen Mr J. Hody q.q. en BV BA Resto-Inn

BGH 16 december 1994, *BIE* 1995, 64, *NJ* 1996, 34, noot Gielen, Compagnie Générale des Etablissements Michelin tegen Michelin Besteck und Metallwarenfabrikation Werner Michels e.a.

In dit onderdeel zullen we enkele aspecten van art. 13A lid 1 sub 2 bespreken. Zie verder over dit onderdeel van art. 13A ook Gielen/Wichers Hoeth, *Merkenrecht* 1992, p. 475 e.v. en P.A.C.E. van der Kooy/S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken mededingingsrecht* (1996), p. 133 e.v. Deze bepaling maakte verzet van de merkhouder mogelijk tegen elk ander gebruik (van het merk of een overeenstemmend teken) dat zonder geldige reden in het economisch verkeer plaatsvond onder zodanige omstandigheden dat aan de houder van het merk schade kon worden toegebracht. Tengevolge van het laatste wijzigingsprotocol is dit onderdeel uiteengevallen in art. 13A lid 1 sub c en d.

a. Schade; beroep op art. 8 EVRM

In de eerste hiervoor genoemde uitspraak — het betrof een proefproces — wilde de arts Hali het oordeel van de rechter over de rechtmatigheid van bepaalde receptformuleringen waarin het merk van de merkhouder genoemd werd. Dit onderwerp is eerder al bij het BGH aan de orde geweest: denk aan BGH 9 juli 1984, *NJ* 1985, 101 (Tanderil). In dat geval bleek de arts het merk te gebruiken in de zin van art. 13A lid 1 sub 2.

In het geval Hali had het hof geoordeeld dat drie receptformuleringen — waarin steeds een merk van Ciba-Geigy op verschillende manier was gecombineerd met een ander geneesmiddel — ontoelaatbaar waren op grond van 13A lid 1 sub 2. In dit verband werd onder meer overwogen dat indien de drie bedoelde receptformuleringen veelvuldig werden uitgeschreven, de onderscheidende kracht van de merken zou worden aangetast doordat zij zouden verwateren en de verwording van de merkaanduiding tot een soortaanduiding zou worden bevorderd.

De essentie van deze receptformuleringen was volgens het hof namelijk dat Hali en artsen die zijn voorbeeld zouden volgen de merknaam in de eerste plaats zouden gebruiken om daarmee generieke middelen aan te duiden. Bovendien moesten Hali en artsen die zijn voorbeeld volgen verwachten dat apothekers deze recepten dienovereenkomstig zouden verstaan en aldus op die recepten slechts generieke middelen zouden afleveren.

In het incidenteel beroep van Hali in cassatie werd er onder meer over geklaagd dat dit oordeel niet berustte op enigerlei *feitelijke* constatering of inschatting van de kans op zich in de *praktijk* realiserende verwateringsschade. De Hoge Raad oordeelde echter dat de klacht een te strenge eis aan

de motivering stelde: voldoende was dat aan de houder van het merk schade kon worden toegebracht. Verder werd in deze procedure ook een beroep gedaan op art. 8 EVRM, op grond van welke bepaling het gebruik van de desbetreffende merken gerechtvaardigd zou zijn. Het hof had dit beroep afgewezen omdat de onderhavige recepten geen briefwisseling zouden vormen in de zin van die bepaling. In cassatie werd betoogd dat dit onjuist of onvoldoende gemotiveerd was. Dit betoog werd door de Hoge Raad verworpen daar niet was in te zien welk verband er zou bestaan tussen de vraag of de recepten briefwisseling vormden in de zin van art. 8 EVRM en het onderwerp van het onderhavige geding, dat geen betrekking had op schending van briefgeheim of privéleven, maar op de rechtmatigheid van het gebruik van merknamen.

b. Merkinbreuk en onderscheidend vermogen

In zijn uitspraak van 5 oktober 1982, *NJ* 1984, 71 (Juicy Fruit) verklaarde het BGH voor recht dat bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand van zijn onderscheidend vermogen te letten valt op de opvattingen van het in aanmerking komende publiek, niet ten tijde van het ontstaan van het merkrecht, maar ten tijde van het als inbreukmakend aangevallen gebruik van het merk of van het overeenstemmende teken.

In het hier te bespreken Motorest-geval (dat handelde over het merk „Quick") was nu de vraag of het bovengenoemde criterium ook geldt in een situatie dat het onderscheidend vermogen van het aanvallende merk geheel of ten dele is verloren gegaan, eerst *nadat* een aanvang is gemaakt met het als inbreukmakend aangevallen gebruik van het merk of een daarmee overeenstemmend teken.

Het BGH beantwoordde de gestelde vraag bevestigend. Het ging daarbij uit van een inbreukprocedure waarbij een verbod wordt gevraagd. In dat geval staat, aldus het BGH, de rechter in de eerste plaats voor de vraag of er inbreuk gemaakt wordt en vervolgens, als die vraag bevestigend wordt beantwoord, voor de vraag of die inbreuk het gevorderde verbod wettigt. In dit verband werd opgemerkt dat als het onderscheidend vermogen geheel of ten dele is verloren gegaan in de situatie als hiervoor beschreven de rechter de vraag onder ogen moet zien of — bij wijze van uitzondering — een verbod van verder gebruik van het aangevallen teken niet gewettigd is. De rechter mag alleen tot het oordeel komen dat een verbod inderdaad niet gewettigd is, aldus het BGH, indien het verlies van het onderscheidend vermogen van het aanvallende merk geheel of ten dele valt toe te rekenen aan toedoen of nalaten van de houder van dat merk. Deze laatste maatstaf sluit aan bij hetgeen art. 5 sub 4° (thans art. 5 lid 2 sub b) bepaalt ten aanzien van de verwording van een merk tot soortnaam en berust op een afweging van de belangen van de merkhouder tegenover die van andere deelnemers aan het economisch verkeer.

c. Verhouding tot art. 12A BMW

Art. 12A BMW bepaalt dat niemand, welke vordering hij ook instelt, in rechte bescherming kan inroepen voor een teken dat als merk beschouwd wordt in de zin van art. 1 BMW, tenzij hij het op regelmatige wijze heeft gedeponeerd. In de laatste hiervoor genoemde procedure (Michelin) ging het om het geval dat de eiser het woordmerk Michelin gebruikte in een uitvoeringsvorm (lettertype e.d.) waarin het niet gedeponeerd was. Deze uitvoeringsvorm had onderscheidende kracht en het merk van gedaagde vertoonde daarmee zulke gelijkenis dat aan de houder van het merk schade kon worden toegebracht.

De vraag was nu of de merkhouder zich met succes op de bescherming van art. 13A lid 1 sub 2 BMW kon beroepen gezien het bepaalde in art. 12A BMW. Zijn merk was in de desbetreffende uitvoeringsvorm immers niet gedeponeerd.

Het BGH stelde in zijn uitspraak voorop dat een woordmerk als zodanig slechts als woord, en derhalve niet in een bepaalde uitvoering wordt gedeponeerd, maar dat een merkhouder het merk veelal zo gebruikt dat het publiek daarmee wordt geconfronteerd in een of meer door de merkhouder bepaalde wijzen van vormgeving van het woord. In dat geval is, aldus het BGH, in beginsel nog steeds sprake van gebruik van het woordmerk, ook indien de vormgeving op zichzelf onderscheidend vermogen bezit. Immers ook dan is de vorm niet los te denken van het woord dat het merk zijn onderscheidend vermogen geeft. Dit is slechts anders indien die vormgeving een zo overheersende rol speelt dat het publiek in het in feite gebruikte teken niet meer een woord zal zien waaraan op een bepaalde wijze is vorm gegeven, maar nog enkel een grafische voorstelling, dus een beeldmerk. De conclusie was dan ook dat de aan een als zodanig ingeschreven woordmerk te ontlenen bescherming mede de door de merkhouder in feite gebruikte vormgeving van dat woordmerk omvat, behoudens indien de vormgeving zo overheersend is dat het publiek in het gebruikte teken nog slechts een beeldmerk zal zien.

4. Inbreuk op een merk (art. 13A lid 3 BMW)

BGH 6 november 1992, *NJ* 1993, 454, noot Verkade, Automotive Products Benelux BV tegen Valeo S.A.

In art. 13A lid 3 was in de BMW de uitputting van het merkrecht geregeld. Volgens deze bepaling kon de merkhouder zich niet verzetten tegen het gebruik van het merk voor waren die door de merkhouder of zijn licentiehouder onder het bedoelde merk in het verkeer waren gebracht, mits de toestand van de waren niet was gewijzigd. Deze regeling is in enigszins gewijzigde vorm thans te vinden in art. 13A lid 8. Zie verder ook hiervoor sub 2b waar art. 13A lid 3 zijdelings aan de orde is gekomen.

In de hier genoemde procedure ging het om een bedrijf (Automotive Pro-

ducts, afgekort AP) dat koppelingen reviseerde. De koppelingen werden (gereviseerd) weer verkocht, waarbij het (ingeslagen) merk van Valeo op de koppeling bleef staan. Wel plaatste AP ook een eigen merk of gaf anderszins aan dat het om door haar gereviseerde koppelingen ging.

De eerste vraag was nu of AP het merk van Valeo eigenlijk wel gebruikte voor haar waren (als bedoeld in art. 13A BMW). Die vraag werd door de BGH bevestigend beantwoord omdat niet uitgesloten was dat het publiek ook het merk van Valeo zou opvatten als het teken waardoor de daarvan voorziene waar van die van anderen werd onderscheiden.

Vervolgens ging het BGH in op de kwestie wat een wijziging (van de toestand van de waar) in de zin van de wet is. Dit is elke niet door enkel tijdsverloop of gebruik, maar door enigerlei ingreep van buiten teweeggebrachte verandering in die toestand, die niet van geheel ondergeschikte betekenis is. Als waren dus verslechteren door veroudering is dit geen wijziging in de zin van de wet.

Interessant is wat het gevolg is van een wijziging. Dan is, aldus het BGH, niet langer sprake van waren die door de merkhouder of diens licentiehouder in het verkeer zijn gebracht. Het merk wordt dan dus gebruikt voor waren die niet door de merkhouder (of zijn licentiehouder) in het verkeer zijn gebracht en daartegen kan in beginsel worden opgetreden. Daarbij hangt van de aard van de wijziging af of dit geschiedt op grond van art. 13A lid 1 sub 1 (ingeval het nog dezelfde of soortgelijke waren zijn) of 13A lid 1 sub 2 (als de waren ongelijksoortig zijn geworden door de wijziging). Over het begrip wijziging wordt verder in het arrest nog opgemerkt dat een wijziging in de zin der wet niet alleen (zoals in de literatuur wel verdedigd was) aanwezig is als door de verandering afbreuk wordt gedaan aan de goede faam van het merk.

Wat was nu, gezien voorgaande beschouwingen, de positie van reviseur AP? Het BGH stelde voorop dat art. 13A lid 3 berust op een afweging van de belangen van de merkhouder tegenover die van andere deelnemers aan het economisch verkeer. Bij de genoemde afweging is er in beginsel vanuit gegaan dat bij revisie het merk van de merkhouder wordt verwijderd, zodat de merkhouder zich tegen verdere verhandeling niet kan verzetten. Soms echter is dat verwijderen niet mogelijk zonder afbreuk te doen aan de technische deugdelijkheid of de praktische bruikbaarheid van de gereviseerde waar. In dat geval is verzet van de merkhouder tegen verdere verhandeling ook niet mogelijk, mits degene die de gereviseerde waar in het verkeer brengt alles doet wat redelijkerwijs mogelijk is om het publiek duidelijk te maken dat hij niet de oorspronkelijke van de merkhouder (of diens licentiehouder) afkomstige waar verhandelt, maar een door anderen gereviseerd product.

5. Inbreuk op een merk (art. 13C BMW)

BGH 26 juni 1989, *NJ* 1989, 836, noot Wichers Hoeth, NV Isover Saint-Gobain en NV Glaceries de Saint-Roch tegen NV Isoglass

Art. 13C bepaalt dat het uitsluitend recht op een merk, luidende in een der nationale of streektalen van het Beneluxgebied, zich van rechtswege uitstrekt over zijn vertaling in een andere dezer talen. In de hiervoor genoemde procedure ging het om enerzijds het merk Isover en anderzijds het teken Isoglass (dat een vertaling zou zijn van Isover) en het teken Isgla waarvan de grafische voorstelling als Isoglass zou kunnen worden gelezen.

Het BGH stelde voorop dat art. 13C is bedoeld als een nadere aanwijzing bij de toepassing van art. 13A en wel in die zin dat aan de rechter wordt voorgeschreven een teken dat als vertaling als bedoeld in art. 13C moet worden beschouwd als een overeenstemmend teken (zie ook 2a hiervoor) in de zin van art. 13A aan te merken. Het artikel biedt de rechter voor een beoordeling in concreto geen ruimte; het past minder goed in het stelsel der wet en dient daarom restrictief te worden uitgelegd.

Uitgaande van deze restrictieve uitleg meende het BGH dat onder vertaling niet was te begrijpen een al dan niet mede uit letters bestaande grafische voorstelling. Het ging hierbij om een grafische voorstelling (namelijk van het teken Isgla) van zodanige aard dat moest worden aangenomen dat het publiek dat zich van een der nationale of streektalen van het Beneluxgebied bedient, haar (dat wil zeggen de grafische voorstelling) spontaan zou aanduiden door middel van een of meer tot de woordenschat van die taal behorende woorden en die woorden een vertaling vormden van het in een van de andere talen luidende merk waarop de merkhouder zijn aanval baseerde.

Over het begrip vertaling (in een andere taal) werd verder opgemerkt dat daaronder niet vallen woorden of samenstellingen van woorden die geen deel uitmaken van de woordenschat van die andere taal. Een als zodanig niet tot de woordenschat van de andere taal behorend samengesteld woord waarvan niet alle samenstellende delen als een zelfstandig woord tot deze woordenschat behoren is dus geen vertaling.

Tenslotte maken we nog een opmerking over de betekenis van de zinsnede „merk, luidende in een der nationale of streektalen van het Beneluxgebied". Dit nu betekent dat het aanvallende merk moet bestaan uit een of meer woorden die elk, in de vorm waarin dat woord of die woorden in het depot van dat merk zijn opgenomen, deel uitmaken van de woordenschat van een van de genoemde talen. Dit verhindert overigens niet dat het aanvallende merk kan bestaan uit een woord dat zelf niet tot de woordenschat van een van de genoemde talen behoort, maar is samengesteld uit woorden die elk als zelfstandig woord wel van de genoemde woordenschat deel uitmaken.

6. Nietigheid van het depot (art. 14A en 14B BMW)

HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 393, noot Verkade, Van Benten en de stichting Nederlands Instituut voor Administratiekantoren (afgekort NIVAK) tegen de vereniging Nederlands Genootschap van Administrateurs (afgekort NGA)

HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 196, Ursula Linden GmbH tegen Jeantex BV

BGH 16 juni 1995, *RvdW* 1995, 142, Rivel Rijwielfabriek BV tegen Constructie- en Verkoop van Gehandicapten Voorzieningen Heerenveen BV (afgekort: CVGV)

Krachtens art. 14A en 14B kan in bepaalde situaties een belanghebbende de nietigheid van het verrichte depot inroepen. Een van die gevallen is art. 14A sub 1b (vroeger sub 1c) jo art. 4 sub 2. Het betreft hier het depot dat wordt verricht voor waren voor welke het gebruik van het merk tot misleiding van het publiek zou kunnen leiden.

Een ander geval betreft art. 14B sub 2 jo art. 4 sub 6: het te kwader trouw verrichte depot.

In het hiernavolgende zullen we sub a eerst ingaan op het misleidend depot en vervolgens (sub b) op het depot te kwader trouw.

a. Misleidend depot

Van Benten, voorzitter van het NIVAK, had een merk gedeponeerd, dat onder meer de woorden „bevoegd administrateur" bevatte alsmede een wapen dat een sterke gelijkenis vertoonde met het Rijkswapen. Doel was de positie van gekwalificeerde administrateurs te verbeteren. De bij het NIVAK aangeslotenen mochten dit merk gebruiken.

Van dit merk nu werd door het NGA in verband met het bepaalde in art. 4 sub 2 de nietigheid ingeroepen. Het hof meende dat het merk bij de publiek een misleidende indruk wekte omdat het naar objectieve maatstaven geschikt was om de (onjuiste) indruk te wekken dat degene die zich van het merk bediende enigerlei vorm van erkenning van overheidswege had verworven. Dit oordeel achtte de Hoge Raad juist. Een andere vraag in dit verband was of het NGA wel als belanghebbende in de zin van art. 14A kon worden aangemerkt. Die vraag beantwoordde de Hoge Raad bevestigend omdat het hof had vastgesteld dat het NGA nadeel ondervond van het misleidende merk.

b. Depot te kwader trouw

In het tweede hiervoor genoemde arrest gebruikte Jeantex sedert 1982 de handelsnaam Jeantex. Linden is sedert 1986 in de Benelux houdster van het woord-/beeldmerk J. Jeantex. Partijen handelden in soortgelijke waren. Jeantex vorderde de nietigverklaring van het door Linden verrichte depot omdat het te kwader trouw zou zijn verricht (art. 4 onder 6) daar Linden wist (althans behoorde te weten) dat Jeantex binnen de drie laatste jaren in de Benelux de benaming Jeantex te goeder trouw en op normale wijze had gebruikt.

Een van de punten die in deze procedure aan de orde kwam was de stelling van Linden dat zij en de met haar samenwerkende Deense vennootschap Jeantex A/S reeds vóór het ontstaan van het handelsnaamrecht van Jeantex in de Benelux een met de handelsnaam van Jeantex overeenstemmend merk hadden gebruikt en dat dit kon meebrengen dat het later door Linden

verrichte merkdepot geen depot te kwader trouw was. Volgens de Hoge Raad kon deze stelling slechts juist worden geacht indien het merkgebruik („voorgebruik") van de Deense vennootschap waarmee Linden samenwerkte redelijkerwijs moest worden gelijkgesteld met het merkgebruik door de deposant zelf, gezien de vorm van de samenwerking en de omstandigheden waaronder deze plaatsvond. Wat Linden ten aanzien van haar relatie met de Deense vennootschap aanvoerde was daartoe echter niet voldoende.

Verder was de vraag nog of het merkgebruik („voorgebruik") door Linden zèlf, ook al was dit zeer bescheiden van omvang, er aan in de weg stond dat het depot als te kwader trouw werd aangemerkt. De Hoge Raad meende echter dat het hof geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het voorgebruik van het merk door de deposant in de door het hof bedoelde bescheiden omvang op zichzelf niet eraan in de weg stond dat het depot als te kwader trouw verricht moest worden aangemerkt. Daarbij verwees de Hoge Raad naar het arrest van het BGH van 21 november 1983 *NJ* 1985, 333 (Cow Brand).

Naar ditzelfde arrest werd door de Hoge Raad nogmaals verwezen bij de beslissing van een andere kwestie, namelijk of eventuele activiteiten van de Deense vennootschap in Nederland in de jaren '70 van belang waren bij de bepaling van de goede trouw van voorgebruiker Jeantex. De Hoge Raad oordeelde dat de bewuste activiteiten niet van belang waren omdat volgens het genoemde arrest bij de bepaling van de goede trouw van de voorgebruiker (Jeantex) alleen de onderlinge verhouding tussen de voorgebruiker en de deposant (Linden) aan de orde is.

Het derde hiervoor genoemde arrest betrof de gevolgen van het faillissement van de Rijwielfabriek Rivel (hierna: Rivel (oud)). Vóór haar faillissement had deze fabriek het teken Rivel gebruikt voor haar waren. Dit teken was niet als merk gedeponeerd. De curator in dit faillissement had alle industriële eigendomsrechten, waaronder merkrechten en handelsnaam, verkocht aan Van der Mei BV Deze BV wijzigde per 1 januari 1992 haar naam in Rivel Rijwielfabriek BV, de eiser in dit geding (hierna: Rivel (nieuw)). Op 23 december 1992 had echter CVGV het woordmerk Rivel gedeponeerd voor onder meer fietsen. Directeur van deze vennootschap was een ex-werknemer van Rivel (oud). Op 30 januari 1992 heeft ook Rivel (nieuw) het merk Rivel gedeponeerd voor o.a. fietsen.

Nu stond vast dat Rivel (oud) de nietigheid van het depot van CVGV had kunnen inroepen op grond van het bepaalde in art. 4 lid 6 onder a BMW. Maar hoe was in dit verband de positie van Rivel (nieuw)? Het BGH stelde voorop dat geen bepaling van de BMW zich verzet tegen de hier in het geding zijnde overeenkomst, die ertoe strekt dat de ene partij het gebruik van het (niet gedeponeerde) merk staakt en ermee instemt dat de andere partij het gebruik op dezelfde voet voortzet. Wil nu, aldus het BGH, de bescherming van art. 4 lid 6 sub a volledig tot zijn recht komen dan zal een dergelijke overeenkomst in de regel zo moeten worden begrepen dat de bevoegdheid tot verzet op grond van art. 4 lid 6 sub a in die zin overgaat op de opvolgende

gebruiker dat deze zich tegenover de deposant (i.c. CVGV) mede mag beroepen op het gebruik dat de oorspronkelijke gebruiker (i.c. Rivel (oud)) van het merk heeft gemaakt. Deze uitkomst lijkt ons juist.

Een andere kwestie in dit arrest betrof nog art. 14B BMW dat, zoals gezegd, ervan uitgaat dat iedere belanghebbende de nietigheid van een depot kan inroepen mits (onder meer) de in artikel 4 onder 6 bedoelde derde aan het geding deelneemt. Deze eis is volgens het BGH gesteld om te voorkomen dat de merkhouder zijn merk zou moeten verdedigen tegen de rechten van derden die niet in het geding zijn, maar heeft geen zin (en er hoeft dan ook niet aan voldaan te zijn) in een geval dat de derde ten gevolge van een overeenkomst, zoals in deze zaak aanwezig was, geen belang meer bij gebruik van het merk heeft.

Verder merkte het BGH naar aanleiding van een van de gestelde vragen nog op dat er geen grond bestaat om aan te nemen dat de bevoegdheid zich tegen een depot te verzetten slechts overgaat indien de overeenkomst wordt gesloten tezamen met de overdracht van andere activa of een gehele onderneming of in het kader van de afwikkeling van een faillissement.

Tenslotte willen we hier nog enige aandacht besteden aan het reeds in ander verband aan de orde gekomen arrest Droste/Baronie (zie hiervoor sub 2a). In dit geval beriep Droste zich erop dat Baronie haar depot te kwader trouw had verricht (art. 4 onder 6a BMW). De Hoge Raad overwoog dat als dit juist zou zijn art. 4 onder 6 tot gevolg kon hebben dat door Baronie geen merkrecht krachtens het verrichte depot was verkregen en dat Droste door later alsnog een overeenstemmend merk te deponeren in beginsel in weerwil van het (aan Droste bekende) eerdere depot van Baronie harerzijds een merkrecht had verkregen. Het hof had het beroep van Droste op art. 4 sub 6 BMW desalniettemin verworpen. De motivering achtte de Hoge Raad niet begrijpelijk, waarbij het hof volgens de Hoge Raad miskende dat art. 4 sub 6 BMW ook zonder nietigverklaring aan het verkrijgen van het gedeponeerde merk (door in casu Baronie) in de weg staat. Anders gezegd: Droste kan zich ook bij wege van verweer op de nietigheid beroepen, hetgeen overigens ook algemeen werd aangenomen.

7. Enkele procesrechtelijke aspecten

HR 24 november 1989, *NJ* 1992, 404, noot Verkade, Focus Veilig BV tegen The Lincoln Electric Company e.a.

BGH 10 december 1990, *BIE* 1991, 57, Kortman-Nederland BV tegen Remo Chemie BV

BGH 26 maart 1993, *NJ* 1993, 328, noot Verkade, MB International BV tegen Mattel Inc.

BGH 13 juni 1994, *NJ* 1994, 665, noot Verkade, Régie Nationale des Usines Renault S.A. tegen Reynolds Aluminium Holland BV

In dit laatste onderdeel van het merkenrecht zullen we enkele procesrechte-

lijke aspecten aan de orde stellen. Daarbij gaat het om de territoriale bevoegdheid van de rechter (art. 37A BMW), hierna onder a en het werkingsgebied van het rechterlijk verbod (hierna onder b)

a. Territoriale bevoegdheid

In het tweede hiervoor genoemde arrest dagvaardde Kortman op basis van art. 13A lid 1 sub 1 BMW Remo voor de Rechtbank van Koophandel te Mechelen. Remo wees echter op grond van art. 37A BMW de territoriale bevoegdheid van die rechtbank af en stelde dat die bepaling niet in een forumkeuze voorzag, maar een volgorde aangaf voor het bepalen van de bevoegdheid van de rechter. Kortom de vraag was: mag de eiser tussen de verschillende in art. 37A BMW bedoelde rechters vrij kiezen of geeft bedoeld artikel een rangorde waarin genoemde rechters benaderd moeten worden (uitgaande van het ontbreken van een uitdrukkelijk afwijkende overeenkomst als bedoeld in art. 37A BMW)?

Het BGH kwam, terecht dunkt ons, op grond van de tekst van art. 37A BMW en via een vooral historisch onderbouwd betoog tot de conclusie dat deze bepaling geen rangorde instelt, maar de eiser de keuze laat tussen een van de in die bepaling bedoelde rechters.

b. Werkingsgebied rechterlijk verbod

In de eerste hiervoor genoemde procedure had Lincoln Focus aangesproken wegens merkinbreuk. Het hof had aan Focus een verbod opgelegd dat zich uitstrekte — voor zover dit het op de markt brengen betrof — tot het Beneluxgebied. In cassatie werd nu betoogd dat de Nederlandse rechter niet bevoegd was een zodanig verbod een territoriale reikwijdte te verschaffen welke zich buiten Nederland en meer speciaal tot België en Luxemburg uitstrekte.De Hoge Raad verwierp echter de opvatting van het cassatiemiddel als algemene regel omdat die geen steun zou vinden in het recht en in een tijd van toenemende internationale contacten tot het voor de praktijk onwenselijke resultaat zou leiden dat in geval van onrechtmatige daden met een internationaal karakter (zoals bijvoorbeeld aantasting van intellectuele eigendomsrechten en ongeoorloofde mededinging) de Nederlandse gelaedeerde genoopt zou kunnen worden zich in alle betrokken landen tot de rechter te wenden.

De mogelijkheid bestond echter dat het door het cassatiemiddel betoogde op grond van de BMW (bij wijze van uitzondering) wèl juist was en in dit verband stelde de Hoge Raad een prejudiciële vraag aan het BGH. Tot beantwoording van de vraag is het in deze zaak echter niet meer gekomen daar deze later is geroyeerd.

Deze vraag werd echter wèl beantwoord in het derde hiervoor genoemde arrest. In dat geval had Mattel de verpakking van haar Barbie-pop als merk gedeponeerd. MB had haar Sindy-pop in een soortgelijke verpakking op de markt gebracht. Het hof had MB veroordeeld het gebruik van de overeen-

stemmende verpakking in de Benelux te staken en gestaakt te houden. Het BGH oordeelde dat noch het Benelux-Verdrag noch de BMW de rechter van een der verdragsstaten naar aanleiding van een vordering als bedoeld in art. 13A BMW beletten een verbod op te leggen van gebruik van een merk in de andere verdragsstaten.

Deze zelfde vraag werd ook beantwoord, en wel in dezelfde zin, in de laatste hiervoor genoemde procedure (inzake het merk Renault tegen de merken Reynocar en Reynotrade). In die procedure werden echter aan het BGH ook nog andere vragen gesteld en wel 1) of het voor het antwoord op genoemde vraag verschil maakt of bij de vordering op grond van art. 13A BMW wel of niet expliciet wordt aangegeven dat het verbod zou moeten gelden voor het gehele Beneluxgebied en 2) of het verschil maakt dat bedoeld verbod gevorderd wordt in combinatie met een vordering tot nietigverklaring van het merk en een bevel tot doorhaling (welke nietigverklaring en doorhaling in elk geval effect hebben in de gehele Benelux).

Het BGH kwam tot de conclusie dat de beoogde eenwording in merkenrechtelijk opzicht van de Beneluxlanden meebrengt dat een door de rechter van een der verdragsstaten, naar aanleiding van een vordering als bedoeld in art. 13A BMW opgelegd verbod van gebruik van een merk, geldt voor het gehele Beneluxgebied. Daarbij was niet van belang of dit ook was gevorderd of dat de vordering tevens strekte tot nietigverklaring van het merk en doorhaling van de inschrijving.

Wel kan, aldus het BGH, de rechter het verbod uitdrukkelijk beperken tot een bepaald gebied. Indien dit geschiedt moet hij desalniettemin — en dit naar aanleiding van een laatste aan het BGH gestelde vraag over de mogelijk tussen de merken bestaande overeenstemming — bij de beoordeling of de merken overeenstemmen het gehele Beneluxgebied betrekken. Bij dit laatste ging het om de auditieve gelijkenis tussen merk en teken waarover verschillend geoordeeld kon worden al naar gelang de taal waarin de merken werden uitgesproken.

II. HANDELSNAMEN

1. Bescherming van buitenlandse handelsnamen

HR 29 juni 1990, *IER* 1990, 49, Matrix Software Technology Corporation tegen Sebastopol BV, Matrix Software BV en Matrix Informatiesystemen BV

Op grond van art. 5 HNW is het verboden een handelsnaam te voeren, die eerder reeds door een ander rechtmatig gevoerd werd, of die van diens handelsnaam slechts in geringe mate afwijkt, een en ander voor zover dientengevolge, in verband met de aard der beide ondernemingen en hun plaats van vestiging, bij het publiek verwarring tussen die ondernemingen te duchten is. De vraag kan gesteld worden, of het voor een geslaagd beroep op deze bepaling noodzakelijk is dat de (beweerdelijk oudste) handelsnaam ook

daadwerkelijk *in Nederland gevoerd* is. Reeds decennia geleden besliste de Hoge Raad, dat het stellen van een dergelijk vereiste blijk zou geven van een te beperkte interpretatie van art. 5 HNW, en dat een buitenlandse handelsnaam hier te lande wel degelijk bescherming geniet indien deze, zonder in Nederland gevoerd te worden, zodanig bekend is dat bij het publiek verwarring te duchten is; zie voor een overzicht van rechtspraak onder meer S. Boekman, De handelsnaam (1977), p. 28-30 en p. 84-85 en E.J. Arkenbout, Handelsnamen en merken (1991), p. 16.

In bovenstaande procedure kwam de vraag weer eens aan de orde, al was dit achteraf gezien, bij juiste lezing van het arrest van het hof, niet nodig geweest. Het ging er in deze zaak om, of Matrix Inc. door het voeren van de handelsnaam „Matrix Software Technology Inc." inbreuk maakte op het verbod van art. 5 HNW jegens Sebastopol c.s., in wier handelsnamen ook het woord „Matrix" voorkomt. Matrix Inc. had voor het hof betoogd, dat aannemelijk was dat sedert 1 maart 1983 haar handelsnaam in Nederland bekend was, terwijl de handelsnaam van Sebastopol c.s. eerst van 12 november 1983 af werd gebruikt. Het hof heeft dit betoog verworpen, overwegende dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de handelsnaam van Matrix Inc. vóór 12 november 1983 „in Nederland is gevoerd en destijds in Nederland bekend was". Deze overweging bracht Matrix Inc. ertoe in cassatie aan te voeren, dat het hof aldus een onjuiste maatstaf had aangelegd, omdat het — de heersende leer indachtig — ten onrechte geen onderscheid had gemaakt tussen het (niet vereiste) *voeren* van een naam in Nederland en de (wel vereiste) *naamsbekendheid* hier te lande.

De Hoge Raad oordeelde echter, dat Matrix Inc. de overwegingen van het hof, in onderlinge samenhang bezien, verkeerd had gelezen en dat ook het hof wel degelijk — en volgens de Hoge Raad terecht — aan de bovenomschreven rechtspraak had willen vasthouden.

2. Verzoek tot wijziging van een handelsnaam; verjaring

HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 173, De vennootschap onder firma Steenhouwerij P. Overkamp tegen Natuursteenbedrijf Ben Overkamp BV

Art. 6 HNW biedt iedere belanghebbende de mogelijkheid zich bij verzoekschrift tot de (kanton)rechter te wenden met het verzoek, degene die een (bijvoorbeeld op grond van art. 5 HNW) verboden handelsnaam voert, te veroordelen, daarin zodanige door de rechter te bepalen wijziging aan te brengen, dat de gestelde onrechtmatigheid wordt opgeheven. Op grond van het bepaalde in art. 3:314, lid 1 jo. 3:306 BW verjaart een dergelijke rechtsvordering door verloop van twintig jaren.In bovengenoemde procedure ging het vooral om de uitleg van art. 3:314 BW. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling blijkt dat onder de in het artikel gebezigde woorden „onrechtmatige toestand" moet worden verstaan een situatie waarin sprake is van een „continue inbreuk": incidentele inbreuken zijn niet voldoende voor toepasselijkheid van het artikel.

In de zaak-Overkamp stonden twee te Gouda gevestigde ondernemingen tegenover elkaar, die zich beide onder meer toelegden op het vervaardigen en verkopen van grafzerken en -monumenten. Inzet van de procedure vormde het verzoek aan de rechter ex art. 6 HNW van P. Overkamp om Ben Overkamp te bevelen diens handelsnaam zodanig te wijzigen dat daarin het bestanddeel „Overkamp" niet langer voorkwam. Ben Overkamp verweerde zich hiertegen onder meer met een beroep op verjaring, nu hij de voormelde handelsnaam reeds meer dan twintig jaren voerde. P. Overkamp bracht hier weer tegenin, dat de rechtbank ten onrechte niet had duidelijk gemaakt, waarin zij in casu de „continue inbreuk" (nodig voor toepassing van art. 3:314 BW) gelegen had geacht. Volgens P. Overkamp was namelijk van een dergelijke doorlopende onrechtmatige toestand geen sprake; hij had voor de rechtbank gesteld, dat Ben Overkamp zich in het verleden voornamelijk richtte op bouwkundige aannemers, maar zich meer en meer was gaan toeleggen op de vervaardiging en verkoop van grafzerken en -monumenten, hetgeen nu juist zíjn (P.'s) specialiteit was. P. Overkamp verdedigde met andere woorden de stelling, dat slechts sprake is van een „onrechtmatige toestand" als bedoeld in art. 3:314 BW, indien de overtreding van het verbod (in casu derhalve het verbod van art. 5 HNW) gedurende de gehele verjaringstermijn *dezelfde feitelijke omvang* heeft gehad.

De Hoge Raad was echter van mening, dat de rechtbank voldoende had gemotiveerd dat naar haar oordeel de „onrechtmatige toestand" gedurende de gehele relevante periode had voortgeduurd; ook oordeelde het college, dat de zojuist genoemde stelling met betrekking tot de omvang van de overtreding van het verbod moest worden verworpen.

III. TEKENINGEN EN MODELLEN

1. Nieuwheidsvereiste in samenhang met de gebruiksfunctie

HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 670, noot Verkade, C.A.A. van der Lans en Hair-o-Theek Miss Men Lage Zwaluwe BV, mede handelende onder de naam Funny Chairs Junior Holland tegen Floral BV c.s.

Om voor modellenrechtelijke bescherming in aanmerking te komen moet er sprake zijn van een nieuw uiterlijk van een voortbrengsel met een gebruiksfunctie (art. 1 BTMW). Nieuw is zo'n „uiterlijk" onder meer, indien *niet* op enig tijdstip van de periode van vijftig jaren, voorafgaande aan de datum van het depot, een voortbrengsel dat hetzelfde uiterlijk vertoont als het gedeponeerde model, dan wel daarmede slechts ondergeschikte verschillen vertoont, in de belanghebbende kring van nijverheid of handel van het Beneluxgebied feitelijk bekendheid heeft genoten (art. 4, onder 1a BTMW).

In bovengenoemde zaak stonden deze twee bepalingen, afzonderlijk en in onderlinge samenhang, centraal. Van der Lans c.s. hadden modeldepots verricht voor kinderkapperstoelen, bestaande uit een (elders verkrijgbaar) hydraulisch onderstel, een zelf ontworpen tussenframe en een (eveneens kant

en klaar verkrijgbare) grote kunststof speelgoedauto, waaruit het trapmechanisme verwijderd was, als bovenbouw. Zij brachten dergelijke stoelen op de markt. Vervolgens gingen ook Floral c.s. stoelen op de markt brengen, voorzien van een identieke bovenbouw, een enigszins afwijkend tussenframe en een ander type onderstel.

Rechtbank en hof wezen de door Van der Lans c.s. tegen Floral c.s. ingestelde actie wegens modelinbreuk af. Beide rechtscolleges waren van oordeel, dat de modeldepots in kwestie niet beantwoordden aan het hiervoor genoemde nieuwheidsvereiste, nu de op de onderstellen gemonteerde speelgoedauto's als zodanig reeds feitelijk bekend waren en vrij op de markt verkrijgbaar, vóórdat Van der Lans c.s. hun depots verrichtten. In de woorden van het hof: „Was het oorspronkelijke voorwerp niet nieuw als model, dan heeft dat in een situatie als hierboven geschetst ook te gelden voor het ten behoeve van het gewijzigde gebruik gemodificeerde voorwerp."

In cassatie hadden Van der Lans c.s. wèl succes. De Hoge Raad oordeelde, onder meer met een beroep op een veelzeggende passage in de gemeenschappelijke MvT bij de BTMW, dat het begrip gebruiksfunctie een der grondbeginselen vormt voor de toepassing van de wet en dat „... aangezien een speelgoedauto en een kinderkapperstoel voortbrengselen zijn met een verschillende gebruiksfunctie, de omstandigheid dat de speelgoedauto herkenbaar blijft als onderdeel van de kinderkapperstoel, niet belet dat met betrekking tot laatstgenoemd voortbrengsel sprake kan zijn van een nieuw uiterlijk als vereist voor de bescherming als model."

Aldus kwam de Hoge Raad tot een standpunt, dat reeds algemeen door de doctrine werd aangehangen: de BTMW beschermt niet een bepaald idee, maar het concrete uiterlijk van een concreet product, en wie aan een bestaand „uiterlijk" een andere gebruiksfunctie verbindt, kan derhalve op bescherming ingevolge deze wet aanspraak maken.

Zie nader omtrent deze problematiek P.A.C.E. van den Kooij/S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken mededingingsrecht* (1996), p. 71-72 en p. 80.

2. Kenmerkende eigenschappen van een model

BGH 16 december 1991, *NJ* 1992, 785, noot Spoor, Adidas Fabriques de Chaussures de Sport S.à.r.l. tegen Sporthuis P. Coenraad BV en Triumph International AG

Ingevolge art. 4, aanhef en onder 3 BTMW wordt door het depot van een tekening of model geen uitsluitend recht verkregen, indien de kenmerkende eigenschappen van de tekening of het model onvoldoende uit het depot blijken. Het motief voor deze bepaling is, getuige de MvT, de rechtszekerheid geweest; het publiek heeft het recht zich ervan op de hoogte te kunnen stellen welke modellen volgens de wet beschermd zijn, hetgeen slechts kan worden verwezenlijkt wanneer er een register bestaat waarin al deze modellen zijn vermeld, terwijl van deze modellen bij de respectievelijke depots

duidelijke afbeeldingen zijn overgelegd. Óf een bepaald depot alle kenmerkende eigenschappen duidelijk weergeeft, dient, aldus wederom de MvT, door de rechter van geval tot geval te worden onderzocht.

Die gelegenheid deed zich voor in bovenvermelde procedure. Adidas had een Benelux-modeldepot verricht voor een damesbadpak. Het depot bevatte afbeeldingen van het uiterlijk van het badpak van verschillende zijden, en voorts als beschrijving: „Ce modèle de maillot de bain feminin se caractérise par son aspect original et par la présence, notamment le long de bordures, de bandes présentant *une couleur contrastée* par rapport au reste du maillot." (curs. toegevoegd) Wegens modelinbreuk aangesproken, verweerden Coenraad en Triumph zich in het bijzonder door te verdedigen dat de kenmerkende eigenschappen van het model onvoldoende uit het depot bleken en dit depot derhalve diende te worden nietigverklaard (vgl. art. 15 BTMW).

Nadat de rechtbank de vordering van Adidas had toegewezen, vernietigde het hof dit vonnis. Het oordeelde onder meer, dat de omschrijving van het depot ontoereikend was, vooral gelet op de onbepaaldheid van het (zojuist gecursiveerde) begrip „contrasterend", om de kenmerkende eigenschappen van het model tot uitdrukking te brengen. Adidas ging van deze uitspraak in cassatie en de Hoge Raad stelde vervolgens aan het Benelux-Gerechtshof de volgende vraag van uitleg van de BTMW: „Staat aan de verkrijging van een uitsluitend recht door depot van een model als bedoeld in art. 4 BTMW, mede gelet op art. 8 lid 1 en het daarin bedoelde uitvoeringsreglement, in de weg dat uit het depot geen andere kenmerken van het daarin bedoelde model blijken dan een bepaald systeem van geometrische vormen tezamen met de aanduiding dat die vormen een met het overige gedeelte van het model contrasterende kleur hebben, zonder vermelding om welke kleuren het telkens gaat?"

Het BGH antwoordde, dat dit alles niet aan de verkrijging van een uitsluitend recht in de weg staat, daar zowel het Nederlandse woord „contrasteren" als het Franse woord „contraster" genoegzaam aangeven dat sprake moet zijn van een opvallend kleurverschil en daarbij niet van belang is dat niet tevens de kleuren waarom het gaat, zijn vermeld. Het college kwam tot deze conclusie, door onder meer te overwegen, dat de wet ten doel heeft te waarborgen dat derden uit het depot kunnen afleiden welke elementen voor het uiterlijk, waarvoor bescherming wordt verlangd, bepalend zijn. Voorts, dat uit de bij de wet behorende uitvoeringsregelingen volgt, dat de gedeponeerde afbeelding moet worden uitgevoerd in zwart-wit, zodat de eventueel voor het model kenmerkende kleuren enkel blijken uit de bij de afbeelding gevoegde korte beschrijving. En tenslotte, dat modellen alleen dan bescherming genieten wanneer daarvoor door een rechtsgeldig depot een uitsluitend recht is verkregen (waarbij het BGH het aanstonds te bespreken Prince-arrest noemt), zodat er aanleiding bestaat het verkrijgen van zulk een recht niet verder te bemoeilijken dan voor de bescherming van derden bepaald noodzakelijk is.

De aspirant-modelhouder heeft aldus de gelegenheid om, in zich daarvoor lenende gevallen, een min of meer abstracte beschrijving van het model te

deponeren en zodoende een zo ruim mogelijke bescherming te verkrijgen, althans een bescherming die verder reikt dan het gedeponeerde model (c.q. de gedeponeerde afbeelding) alléén.

3. Aanvullende werking van het gemene recht?

BGH 21 december 1990, *NJ* 1991, 429, noot Verkade, Prince Manufacturing Inc. tegen W.J.M.C. van Riel-Gijzen

„Voor feiten die alleen inbreuk op een tekening of model inhouden, kan geen vordering worden ingesteld op grond van de wettelijke bepalingen inzake de bestrijding van de oneerlijke mededinging," aldus luidt art. 14, lid 5 BTMW. Uit de MvT kan worden afgeleid, dat de Benelux-wetgever met deze bepaling heeft willen voorkomen, dat belanghebbenden geen gebruik zouden maken van de beschermingsmogelijkheden die de BTMW biedt, maar juist in plaats daarvan een beroep zouden blijven doen op de bescherming van het gemene recht, in casu derhalve met name op art. 6:162 BW (art. 1401 (oud) BW). De wetgever wilde dit voorkomen, omdat de bedoeling van de BTMW nu juist was, een einde te maken aan de (voorheen bestaande) rechtsonzekerheid wat betreft de bescherming van ongepubliceerde modellen waarvan de beschermingsduur bovendien niet of nauwelijks in tijd beperkt was. Vergelijk met betrekking tot deze beperking in tijd ook het hierna, sub VI, 1 te bespreken arrest Beele/Elcon. Aan de andere kant heeft de wetgever kennelijk een actie op grond van onrechtmatige daad ingeval van nabootsing van het uiterlijk van een product niet geheel onmogelijk willen maken: het artikel spreekt over feiten die *alleen* inbreuk op een tekening of model inhouden, daarmee ten minste de suggestie wekkend, dat een actie als zojuist bedoeld wèl mogelijk is, als er méér aan de hand is.

In bovengenoemde procedure kreeg het BGH de gelegenheid zich over de betekenis van art. 14, lid 5 BTMW, tevens in relatie tot de bepalingen van het gemene recht, nader uit te laten. Prince was ontwerper en fabrikant van een serie tennisrackets en aanverwante artikelen, waaronder sporttassen en tennissnaren. De rackets waren na de inwerkingtreding van de BTMW ontworpen, maar niet als model gedeponeerd. Een beroep op de overgangsbepaling van art. 25 BTMW was daardoor niet mogelijk. Van Riel-Gijzen bracht in Nederland onder andere tennisrackets in het verkeer die volgens Prince imitaties van de hare waren. Van Riel-Gijzen, aangesproken op grond van onrechtmatige daad, beriep zich op art. 14, lid 5 BTMW: Prince had verzuimd de modellen te deponeren en ontbeerde nu volgens haar iedere bescherming. Prince bracht hier tegenin, dat het artikel in casu niet van toepassing was, omdat er sprake was van méér dan alleen inbreuk op een model, te weten gekwalificeerde, stelselmatige nabootsing van de modellen naar vormgeving, lay-out, type-aanduiding, gebruikte merken, verpakking enz.

De door de Hoge Raad aan het Benelux-Gerechtshof voorgelegde prejudiciële vragen werden door het Hof, dat daarbij ruimschoots putte uit de MvT, als volgt beantwoord:

„35. Het bepaalde in art. 14 lid 5 BTMW geldt ook ten aanzien van een model dat niet is gedeponeerd onder de BTMW, indien op dat model de overgangsbepaling van art. 25 niet van toepassing is;

36. Een op nationaal recht inzake ongeoorloofde mededinging gegronde vordering waaraan uitsluitend handelingen ten grondslag zijn gelegd die naar hun aard, op de voet van het in lid 1 van art. 14 bepaalde, vallen aan te merken als „inbreuk op een tekening of model" komt niet voor toewijzing in aanmerking;

37. Indien aan een vordering als onder 36 bedoeld, behalve handelingen als daar omschreven, mede andere gedragingen ten grondslag zijn gelegd, kan zij alleen dan voor toewijzing in aanmerking komen indien het feitenbestand, ook indien de als inbreuk aan te merken handelingen buiten beschouwing worden gelaten, naar het toepasselijke nationale recht, ongeoorloofde mededinging oplevert;

38. In een geval als onder 37 bedoeld, staat art. 14 lid 5 enkel dan niet in de weg aan het uitspreken van een verbod van, of toewijzing van schadevergoeding terzake van, een als inbreuk aan te merken handeling indien zulk een verbod of schadevergoeding onder de gegeven omstandigheden de enig passende wijze van redres van de ongeoorloofde mededinging vormt.,,

De aan het hoofd van deze bespreking sub 3 gestelde vraag betreffende de aanvullende werking dient derhalve aldus beantwoord te worden, dat daarvoor slechts ruimte bestaat, indien mede *andere* dan de in art. 14, lid 1 BTMW genoemde gedragingen in het geding zijn, die *als zodanig* onrechtmatig zijn, terwijl een verbod of schadevergoeding onder de omstandigheden van het geval terzake van een als inbreuk aan te merken handeling alleen kan worden gegeven als dat de enig passende wijze van redres van de ongeoorloofde mededinging vormt.

IV. OCTROOIEN

1. Uitvinding in dienstbetrekking; billijke vergoeding

HR 27 mei 1994, *NJ* 1995, 136, noot Spoor, J. Hupkens tegen Chr. M. van Ginneken

Op grond van art. 1A ROW (art. 8 ROW 1995) heeft de uitvinder aanspraak op octrooi. Deze regel lijdt uitzondering indien de uitvinding is gedaan in dienstverband. Dan heeft ingevolge art. 10 ROW (art. 12 ROW 1995) niet de werknemer/uitvinder aanspraak op octrooi, maar — onder bepaalde voorwaarden — diens werkgever. Indien echter de feitelijke uitvinder niet geacht kan worden in het door hem genoten loon of in een bijzondere door hem te ontvangen uitkering vergoeding te vinden voor het gemis aan octrooi, is de werkgever verplicht, hem een in verband met het geldelijk belang der uitvinding en met de omstandigheden, waaronder zij plaatshad, billijk bedrag toe te leggen, aldus art. 10, lid 2 ROW (art. 12, lid 6 ROW 1995).

In bovengenoemde procedure ging het uitsluitend om de zojuist bedoelde billijke vergoeding. Hupkens had, in dienst van een vennootschap waarvan Van Ginneken een der vennoten was, een uitvinding gedaan welke een oplossing bood voor een bij de vennootschap ondervonden probleem: bepaalde producten koekten in haar mixers zodanig aan de wand vast dat deze mixers reeds na enkele minuten vastliepen. Op de vinding van Hupkens werd ten name van Van Ginneken, die inmiddels uit de vennootschap was getreden en bij die gelegenheid alle activa en passiva van de vennootschap had verkregen, octrooi verleend. Hupkens was van mening dat hij recht had op een billijke vergoeding als door de wet in het vooruitzicht gesteld. Dát hij op een dergelijke vergoeding aanspraak kon maken stond op grond van een bepaling in de arbeidsovereenkomst vast. De vraag was echter hoe hoog deze vergoeding moest zijn. Drie door de kantonrechter benoemde deskundigen brachten hieromtrent een verdeeld advies uit. De hoogten van de door dezen geadviseerde bedragen liepen zeer sterk uiteen, hetgeen met name werd veroorzaakt doordat de deskundigen van verschillende berekeningsgrondslagen waren uitgegaan.

Uiteindelijk diende de Hoge Raad aan te geven, welk uitgangspunt bij de berekening van de billijke vergoeding het juiste was. De vergoeding te stellen op het *geldelijk belang* van de uitvinding, en dus een en ander afhankelijk te stellen van de exploitatie van de uitvinding door de vennootschap, achtte het rechtscollege een onjuist uitgangspunt. Hij overwoog, dat art. 10, lid 2 ROW het geldelijk belang der uitvinding noemt als een gegeven dat *mede* van belang is voor het antwoord op de vraag welk bedrag een billijke vergoeding voor het gemis aan octrooi is; evenzeer zijn van belang de omstandigheden waaronder de uitvinding plaatshad.

De Hoge Raad oordeelde voorts dat niet valt in te zien dat het een eis van billijkheid zou zijn om de vergoeding voor het bij de werknemer bestaande gemis aan octrooi in beginsel af te stemmen op de voordelen die in de onderneming van de werkgever door de door deze laatste ontwikkelde wijze van benutting van de uitvinding worden behaald. Overigens had het college hiervóór al overwogen, dat de rechtbank het bij het rechte eind had toen zij oordeelde, dat art. 10 lid 2 een *uitzonderingskarakter* heeft, dat wil zeggen dat deze bepaling betrekking heeft op het zich in de regel niet voordoende geval dat het overeengekomen loon *niet* geacht kan worden een vergoeding voor het gemis aan octrooi te omvatten.

2. Onderzoeksvrijstelling

HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 735, NV Medicopharma en BV Pharbita tegen Imperial Chemical Industries Plc.

„Het uitsluitend recht strekt zich niet uit over handelingen, uitsluitend dienende tot onderzoek van het geoctrooieerde", aldus luidt de eerste zinsnede van art. 30, lid 3 ROW (art. 53, lid 3 ROW 1995). De reikwijdte van deze zgn. onderzoeksvrijstelling stond in de zojuist genoemde zaak centraal.

Imperial Chemical Industries (ICI) was houdster van een Nederlands octrooi voor een werkwijze voor het bereiden van een stof, bekend onder de generieke naam atenolol, een bloeddrukverlagend en hartslagregulerend middel. Toen zij ontdekte dat Medicopharma en Pharbita met dit product adverteerden, verzocht ICI hen, met een beroep op haar octrooi, een zgn. onthoudingsverklaring te tekenen. Medicopharma en Pharbita deelden mede, dat zij geen inbreuk op het octrooi zouden maken; zij deelden echter tevens mede, dat zij *niet* als inbreuk beschouwden handelingen met betrekking tot het geoctrooieerde in het kader van een verzoek tot registratie ingevolge de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening, zoals het vervaardigen, het in voorraad hebben en het doen testen, beproeven en beoordelen van generieke preparaten. ICI was van mening dat ook dit laatste octrooiinbreuk opleverde, in het bijzonder het vervaardigen van atenolol bevattende geneesmiddelen en het ter beschikking stellen van monsters daarvan aan het College ter beoordeling van geneesmiddelen.

De Hoge Raad was het, evenals de rechtbank en het hof, met ICI eens. Na uitvoerig op de wetsgeschiedenis te zijn ingegaan, overwoog het rechtscollege als volgt: „In het licht van deze wetsgeschiedenis is art. 30 lid 3 een restrictief te interpreteren bepaling krachtens welke handelingen „dienende tot onderzoek van het geoctrooieerde", die in beginsel octrooi-inbreuk opleveren, geoorloofd zijn indien en voor zover zulks door het doel van het onderzoek wordt gerechtvaardigd. Dat is slechts het geval als degene die het onderzoek verricht, stelt en zonodig bewijst dat zijn onderzoek uitsluitend van zuiver wetenschappelijke aard is dan wel enkel is gericht op enig de strekking van de octrooiwet verwezenlijkend doel, zoals het verder ontwikkelen der techniek."

Volgens de Hoge Raad beoogden Medicopharma en Pharbita met hun onderzoek niet het verder ontwikkelen der techniek, maar slechts reeds tijdens de duur van het octrooi van ICI datgene te verrichten wat ingevolge de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening is vereist teneinde het reeds bekende, door het octrooi beschermde geneesmiddel onmiddellijk na afloop van het octrooi hunnerzijds op de markt te kunnen brengen.

3. Schadevergoeding of winstafdracht naar keuze van eiser

HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 169, noot Verkade, Dupont de Nemours (Nederland) BV tegen The Globe Manufacturing Company

Mag de rechter in een octrooiprocedure een gedaagde partij veroordelen tot schadevergoeding, dan wel — naar keuze van de eisende partij — tot winstafdracht? Of moet de desbetreffende wettelijke bepaling aldus worden begrepen, dat de eiser die winstafdracht wenst, deze keuze vooraf (dat wil zeggen uiterlijk in het laatste van hem afkomstige processtuk) moet maken? Dit vraagstuk kwam in bovenstaande procedure aan de orde. De wettelijke bepaling in casu was art. 43, lid 3 ROW, dat, voor zover hier van belang, als volgt luidt: „In plaats van schadevergoeding kan worden gevorderd, dat de

gedaagde veroordeeld wordt de door de inbreuk genoten winst af te dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen; ...". Uit de wetsgeschiedenis viel het antwoord op de gestelde vragen niet expliciet op te maken. De A.-G. (mr. L. Strikwerda) merkte echter in zijn conclusie voor het arrest op, dat het niet voor de hand ligt van de octrooihouder te verlangen dat hij zijn keuze bepaalt nog voordat de inbreukmaker rekening en verantwoording heeft afgelegd van de door hem genoten winst. Immers, pas nadat deze rekening en verantwoording is afgelegd kan de octrooihouder bepalen of winstafdracht voor hem voordeliger is dan schadevergoeding. Daarnaast blijkt uit de MvT, aldus de A.-G., dat de regeling van art. 43, lid 3 ROW mede berust op de overweging dat inbreuk niet mag lonen.

De Hoge Raad stelde zich op hetzelfde standpunt. Hij overwoog kortweg, dat niet valt in te zien dat uit de genoemde bepaling moet worden afgeleid dat een veroordeling als door het hof gegeven (dus mèt de keuzemogelijkheid voor eiser) niet geoorloofd zou zijn.

Opmerking verdient, dat de overeenkomstige bepaling in de *nieuwe* octrooiregeling anders is geredigeerd. Art. 70, lid 4 ROW 1995 bepaalt thans (kort gezegd), dat *naast* schadevergoeding winstafdracht kan worden gevorderd. Aldus is geen sprake meer van een alternatieve, maar van een cumulatieve verbintenis, zoals ook art. 27a Auteurswet 1912 die sinds enkele jaren kent. Voor een keuze als hiervoor bedoeld zal daarom onder het nieuwe recht voor de in het gelijk gestelde octrooihouder geen aanleiding meer bestaan.

4. Octrooiinbreuk; het wezen van de geoctrooieerde uitvinding

HR 27 januari 1989, *NJ* 1989, 506, noot Wichers Hoeth, P. Meyn tegen Stork PMT BV

HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 391, noot Verkade, Ciba Geigy AG tegen Oté Optics BV c.s.

Regelmatig komt in de Nederlandse jurisprudentie de vraag ter sprake, hoe ver de technische beschermingsomvang van een geoctrooieerde uitvinding reikt, met andere woorden de vraag hoe ver men kan gaan met het aan derden verbieden van bepaalde, aan de octrooihouder voorbehouden, gedragingen. Uitgangspunt vormt hierbij art. 30, lid 2 ROW (art. 53, lid 2 ROW 1995): „Het uitsluitend recht wordt bepaald door de inhoud van de conclusies van het octrooischrift, waarbij de beschrijving en de tekeningen dienen tot uitleg van die conclusies." Al meer dan een halve eeuw geleden oordeelde de Hoge Raad in dit verband, dat het bij de interpretatie van een octrooischrift niet uitsluitend op de letterlijke tekst daarvan aankomt, maar dat in technisch opzicht onder het octrooi valt datgene, „(...) waarin naar het wezen der zaak de geoctrooieerde uitvinding bestaat" (arrest van 20 juni 1930, *NJ* 1930, 1217, Philips/Tasseron).

Nadien, en in het bijzonder ook recentelijk, heeft het hoogste rechtscollege meermalen de gelegenheid gehad zich nader over deze materie uit te laten. In

het onderstaande zullen de twee meest spraakmakende arresten van de laatste jaren worden besproken.

In de zaak Meyn/Stork was er voor het eerst enige specifieke aandacht voor de positie van derden-belanghebbenden. Dit werd mede ingegeven door de tekst van het Protocol bij art. 69 EOV, dat verlangt dat bij de uitleg van die bepaling zowel een redelijke bescherming aan de aanvrager als een redelijke rechtszekerheid aan derden wordt geboden.

Aan Meyn was octrooi verleend voor een uithaalorgaan, een apparaat voor het verwijderen van de ingewanden van slachtvogels. In de conclusies van het octrooischrift werd vermeld dat het uithaalorgaan was uitgevoerd als een rechtlijnig heen en weer bewegende stang; na de woorden „met het kenmerk" stond vermeld dat het apparaat een stomp uiteinde had. Stork vervaardigde een soortgelijk voortbrengsel (mèt een stomp uiteinde), dat echter voorzien was van een kromlijnig heen en weer bewegende stang.

Gesteld voor de vraag of Stork octrooiinbreuk pleegde, overwoog het hof dat de kromlijnige beweging van het uithaalorgaan van Stork het wezen van de geoctrooieerde uitvinding (namelijk: het stompe uiteinde) niet raakte.Het door Stork in zijn inrichting gebruikte stompe uiteinde raakte dat wezen echter wèl, zodat het uithaalorgaan van Stork in principe onder de bescherming van het octrooi viel. Toch meende het hof dat Stork geen inbreuk pleegde. Met het oog op de redelijke rechtszekerheid voor derden moest volgens het hof de nadruk worden gelegd op de uitvinding zoals deze was geoctrooieerd. Omdat in de conclusies alleen over een rechtlijnig heen en weer bewegende stang werd gesproken, behoorden derden, aldus het hof, niet te begrijpen dat ook een kromlijnig heen en weer bewegende stang onder het octrooi viel en dat het niet uitdrukkelijk vermelden daarvan in de conclusies op een omissie van Meyn berustte.

De Hoge Raad vernietigde dit arrest. Hij herhaalde allereerst de formule uit het arrest Philips-Tasseron: nog altijd gaat het erom te bepalen waarin naar het wezen van de zaak de geoctrooieerde uitvinding bestaat. Na vervolgens te hebben gewezen op de tekst van het Protocol bij art. 69 EOV, en uitvoerig de door het hof gevolgde gedachtengang te hebben uiteengezet, overwoog het college:

„Anders dan het hof heeft aangenomen, brengt echter ook in deze situatie de enkele beperking van de omschrijving in het octrooischrift tot de daarin beschreven uitvoering nog niet mee dat andere uitvoeringsvarianten buiten de bescherming vallen. Voor dit laatste is immers, voor zover hier van belang, nodig dat deskundige derden, wanneer zij zich rekenschap geven van het wezen van de geoctrooieerde uitvinding (...) mogen aannemen dat de aanvrager van het octrooi door de in het octrooischrift gebezigde formulering afstand heeft willen doen van een gedeelte van de bescherming waarop het octrooi naar het wezen van de geoctrooieerde uitvinding aanspraak geeft. Deze derden zullen een zodanige afstand slechts mogen aannemen, indien daartoe, gelet op de inhoud van het octrooischrift in het licht van eventuele

andere bekende gegevens, zoals de ook voor hen kenbare gegevens uit het octrooiverleningsdossier, goede grond bestaat."

De Hoge Raad bood derden met deze uitspraak alleen in zoverre meer duidelijkheid dan voorheen, dat hij aangaf wanneer zij mogen aannemen dat bepaalde uitvoeringsvarianten *niet* onder het octrooi vallen. De wijze waarop het college een en ander formuleerde leek in te houden, dat een octrooi op dit punt alleen dan beperkt mag worden uitgelegd, indien de aanvrager min of meer expliciet afstand van (een deel van) de bescherming heeft gedaan.

Over de hiervoor bedoelde gulden middenweg tussen de redelijke bescherming en de rechtszekerheid voor derden liet de Hoge Raad zich nader uit in het tweede aan het hoofd van dit nummer genoemde arrest inzake Ciba Geigy/Oté Optics c.s.

Ciba Geigy was houdster van een (mede voor Nederland verleend) Europees octrooi voor een werkwijze voor de desinfectie en reiniging van contactlenzen. Zij beschuldigde Oté Optics c.s., die een bepaalde contactlensvloeistof op de markt brachten, van inbreuk op dit octrooi. Nadat deze vordering in twee instanties was afgewezen, beklaagde Ciba Geigy zich bij de Hoge Raad onder meer over hetgeen het Hof omtrent het wezen van de geoctrooieerde uitvinding had overwogen.

De Hoge Raad oordeelde dat de rechter bij de uitleg van de conclusies van het octrooischrift, ten einde het in het Protocol bij art. 69 EOV bedoelde „midden" te vinden, tevens zal moeten beoordelen

„... of het resultaat van zijn onderzoek de rechtszekerheid voor derden voldoende tot haar recht laat komen. Dit laatste gezichtspunt zal een restrictieve, *meer bij de bewoordingen van de conclusies aansluitende uitleg* kunnen rechtvaardigen in dier voege dat gebrek aan duidelijkheid voor de gemiddelde vakman die de grenzen van de door het octrooi geboden bescherming wil vaststellen, in beginsel ten nadele van de octrooihouder werkt. Bij dit alles moet echter rekening worden gehouden met de aard van het concrete geval, waaronder ook de mate waarin de geoctrooieerde uitvinding vernieuwing heeft gebracht." (curs. toegevoegd)

In *Hoofdzaken mededingingsrecht* (1996) parafraseren P.A.C.E. van den Kooij en S.J.A. Mulder dit laatste aldus (op p. 46), dat naarmate de geoctrooieerde uitvinding gegeven de stand der techniek een grotere stap voorwaarts inhoudt, ten opzichte van de octrooihouder een coulantere benadering past van de wijze waarop een en ander in de conclusies is verwoord.

De Hoge Raad kon bij deze gelegenheid tevens enige duidelijkheid scheppen omtrent het antwoord op de vraag, of de inhoud van het verleningsdossier mede bij de uitleg van het octrooi kan (of zelfs moet) worden betrokken. Hij overwoog als volgt:

„Het bepaalde in art. 69 lid 1 EOV, zoals uitgelegd volgens het daarbij behorende protocol, heeft weliswaar (mede) een redelijke rechtszekerheid voor derden ten doel, doch hieruit volgt niet dat de gegevens uit het verle-

ningsdossier, voor zover deze voor derden toegankelijk zijn, nooit ten gunste van een door de octrooihouder voorgestane uitleg van zijn octrooi zouden mogen worden gebruikt. Wel noopt de eis van een redelijke rechtszekerheid voor derden tot terughoudendheid bij het ten voordele van de octrooihouder hanteren van aan het verleningsdossier ontleende argumenten. De rechter zal dan ook slechts wanneer hij oordeelt dat het voor de gemiddelde vakman ook na bestudering van de beschrijving en de tekeningen nog voor redelijke twijfel vatbaar blijft hoe de inhoud van de conclusies moet worden begrepen, gebruik mogen maken van verhelderende gegevens uit het openbare deel van het verleningsdossier. Daarbij dient ook in aanmerking te worden genomen dat onduidelijkheden die het gevolg zijn van een onzorgvuldige formulering van het octrooischrift, in beginsel voor risico van de octrooihouder behoren te komen."

De Hoge Raad heeft in deze arresten (en ook in andere, zoals het hiervóór sub 3 besproken arrest Dupont/Globe) weliswaar het aloude criterium van het wezen van de geoctrooieerde uitvinding in stand gelaten, maar tegelijkertijd een aantal belangrijke nuanceringen daarop aangebracht, die lijken aan te geven dat het college wat meer naar het door het Protocol bij art. 69 EOV aangegeven „midden" is opgeschoven: de nadruk bij de uitleg van een octrooi lijkt minder dan voorheen te liggen op hetgeen de octrooihouder met de omschrijving van de uitvinding in het octrooischrift heeft bedoeld; meer dan voorheen is er aandacht voor hetgeen derden uit de bewoordingen konden en mochten opmaken, waarbij gebrek aan duidelijkheid in principe de octrooihouder moet worden toegerekend.

V. KWEKERSRECHT

Inbreukactie; criterium van de desbewustheid

HR 23 februari 1990, *NJ* 1990, 663, noot Verkade, Verheijen Export Seeds BV tegen Rijk Zwaan Zaadteelt en Zaadhandel BV

HR 23 februari 1990, *BIE* 1990, 99, Verheijen Export Seeds BV tegen Enza Zaden De Enkhuizer Zaadhandel BV

Het kwekersrecht, in Nederland geregeld in de Zaaizaad- en Plantgoedwet, vertoont een aantal opvallende overeenkomsten met het octrooirecht, te vinden in de Rijksoctrooiwet (met ingang van 1 april 1995: de Rijksoctrooiwet 1995). Het (oudere) octrooirecht heeft dan ook tot op zekere hoogte voor het (jongere) kwekersrecht model gestaan (Uitvoerig hierover: P.A.C.E. van der Kooij, *Kwekersrecht in ontwikkeling* (1990)). Zo stemmen bijvoorbeeld de definities van de inhoud van het uitsluitend recht (enerzijds art. 30 ROW en art. 53 ROW 1995; anderzijds art. 40 ZPW) op een aantal punten overeen. Ten aanzien van de *schadevergoedingsactie* stelt het octrooirecht van oudsher de eis van „desbewustheid" (art. 43, lid 2 ROW; art. 70, lid 3 ROW 1995): degene die wegens octrooiinbreuk wordt aangesproken kan pas tot vergoeding van de geleden schade veroordeeld worden, indien hij heeft

gehandeld met de wetenschap dat in het (vervaardigde of verhandelde) voortbrengsel dan wel in de (toegepaste) werkwijze de kenmerken van de geoctrooieerde uitvinding zijn belichaamd (vergelijk HR 25 juni 1943, *NJ* 1943, 519, Philips/Mebius). In de Zaaizaad- en Plantgoedwet is een vergelijkbare desbewustheidseis niet uitdrukkelijk opgenomen.

De beide bovengenoemde procedures hadden onder meer betrekking op de stelling, dat voor het slagen van de kwekersrechtelijke *verbodsactie* de eis van desbewustheid moet worden gesteld, waartoe werd aangevoerd dat deze eis in art. 40, lid 2 ZPW besloten zou liggen. Aldus eiseres tot cassatie Verheijen, die ervan werd beschuldigd teeltmateriaal van een aantal kwekersrechtelijk beschermde slarassen voor handelsdoeleinden te hebben vermeerderd en in het verkeer gebracht.

De Hoge Raad maakte echter (in beide arresten) korte metten met deze stelling, door te overwegen dat tekst noch geschiedenis van art. 40 ZPW daaraan steun geven. Met instemming haalt het rechtscollege een door de A.-G. geciteerde passage uit de parlementaire stukken aan, waaruit blijkt dat voor de handhaving van het kwekersrecht geen andere eisen gelden dan uit het algemene artikel betreffende de onrechtmatige daad (art. 1401 (oud) BW, thans art. 6:162 BW) voortvloeien. De eis van desbewustheid geldt met andere woorden in het kwekersrecht noch voor de verbods-, noch voor de schadevergoedingsactie. Ten overvloede merkt de Hoge Raad nog op, dat het genoemde vereiste ook voor de octrooirechtelijke verbodsactie niet kan worden gesteld.

VI. ONGEOORLOOFDE MEDEDINGING

1. Aanvullende bescherming van producten

HR 31 mei 1991, *NJ* 1992, 391, noot Verkade, Borsumij Bouwspecialiteiten BV tegen Stenman Holland BV

HR 7 juni 1991, *NJ* 1992, 392, Otto Simon BV c.s. tegen Ephraim Hertzano c.s.

HR 14 februari 1992, *BIE* 1993, 6, J.A. Beele Handelmaatschappij BV c.s. tegen Electrische Verbindingen Europa BV, handelende onder de naam Elcon BV c.s.

In het vorige overzicht van handelsrechtelijke rechtspraak (*TPR* 1990, afl. 2, p. 769 e.v.) stonden wij reeds stil bij jurisprudentie betreffende de aanvullende bescherming van producten (a.w., p. 914-916). Het gaat hierbij om producten, die niet door enig recht van intellectuele eigendom beschermd zijn, maar desondanks — onder bepaalde omstandigheden — bescherming genieten krachtens de bepalingen van het gemene recht, in het bijzonder art. 6:162 BW (voorheen: art. 1401 BW) betreffende de onrechtmatige daad. Ook in de onderhavige verslagperiode boog de Hoge Raad zich enkele malen over dit vraagstuk. Deels ging het daarbij om de criteria, waaraan voldaan

zou moeten zijn om de genoemde bescherming deelachtig te worden, deels om de vraag naar de duur van een dergelijke bescherming.

a. Criteria voor bescherming

De zaak-Borsumij/Stenman betrof een bepaald type raamuitzetters, waarvoor Stenman tot 31 maart 1987 octrooirechtelijke bescherming had genoten. Na afloop van de octrooibescherming ging ook Borsumij de bewuste producten verhandelen, die een klakkeloze nabootsing van de raamuitzetters van Stenman bleken te zijn. In de daarop volgende procedure, waarin Borsumij wegens onrechtmatige (slaafse) nabootsing werd aangesproken, voerde deze onder meer als verweer, dat voor het slagen van een dergelijke actie vereist is, dat het nagebootste product nieuw of oorspronkelijk is, dan wel dat er ten minste is geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die wélke toekenning van een absoluut recht van intellectuele eigendom rechtvaardigen. Dit laatste verwijst naar HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191 (Holland Nautic/Decca), een arrest betreffende de (aanvullende) bescherming van (onstoffelijke) prestaties, dat in het vorige rechtspraakoverzicht aan de orde kwam (a.w., p. 916-918). Men zie daaromtrent ook hierna, sub 2.

De Hoge Raad verwierp dit verweer echter: „Het onderdeel faalt omdat het miskent dat het in het onderhavige geval gaat om nabootsing van een stoffelijk product van een concurrent en dat alsdan heeft te gelden dat nabootsing weliswaar in beginsel vrijstaat wanneer dat product niet (langer) wordt beschermd door een absoluut recht van intellectuele eigendom, doch dat dat beginsel uitzondering lijdt wanneer door die nabootsing verwarring bij het publiek valt te duchten en de nabootsende concurrent te kort schiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt." Het college verwees aan het slot van deze overweging naar zijn arrest van 1 december 1989, *NJ* 1990, 473 (Monte/Kwikform), dat op zijn beurt vasthield aan de aloude rechtspraak op dit punt, zoals onder meer te vinden in HR 26 juni 1953, *NJ* 1954, 90 (Hyster Karry Krane) en HR 21 december 1956, *NJ* 1960, 414 (Drukasbak). In laatstgenoemd arrest overwoog het rechtscollege, dat voor het slagen van een actie op grond van onrechtmatige nabootsing vereist is dat het nagebootste voortbrengsel *onderscheidend vermogen* heeft. Klaarblijkelijk heeft de Hoge Raad ook in Borsumij/Stenman dit criterium op het oog, waar hij — onder verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak — spreekt over het gevaar voor verwarring bij het publiek als gevolg van de gewraakte nabootsing.

Ook in het tweede aan het hoofd van dit nummer genoemde arrest kwam de vraag naar de criteria voor bescherming krachtens art. 6:162 BW ter sprake. Otto Simon c.s. brachten imitaties van het door Hertzano gefabriceerde spel „Rummikub" in Nederland op de markt. Toen Otto Simon c.s. zich erop beriepen, dat het spel van Hertzano zelf georiënteerd was op oudere (Roe-

meense) varianten, oordeelde de Hoge Raad, dat voor de bescherming tegen slaafse nabootsing niet is vereist dat het nagebootste product oorspronkelijk is. Hij overwoog voorts, dat het hof een juist uitgangspunt had gekozen door bij zijn beoordeling van het verwarringsgevaar uit te gaan van de totale indruk, die bepalend is voor elk spel, en van de beschouwing door een weinig oplettend kopend publiek, dat de beide producten meestal niet naast elkaar ziet. Alle omstandigheden van het geval in ogenschouw nemend had het hof, aldus de Hoge Raad, terecht geconcludeerd tot onrechtmatigheid jegens Hertzano c.s.

b. Duur van de bescherming

In Borsumij/Stenman kwam tevens de vraag aan de orde, of de bescherming in gevallen als hier bedoeld in tijdsduur beperkt zou moeten worden, nu de respectievelijke wetten op het gebied van de intellectuele eigendom (in casu in het bijzonder de BTMW en de ROW) óók een maximale beschermingsperiode kennen. De Hoge Raad ging op deze problematiek uitvoerig in. Hij besteedde aandacht aan het systeem van het octrooirecht en aan het stelsel en de geschiedenis van de totstandkoming van de BTMW, waaraan naar zijn oordeel geen argument vóór in tijd beperkte bescherming tegen slaafse nabootsing viel te ontlenen, en overwoog tenslotte als volgt:

„Beslissend is echter dat het argument van het onderdeel berust op een onjuist uitgangspunt. Anders dan verlening van een absoluut recht door de wetgever, roept de hoger omschreven, in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde bescherming tegen slaafse nabootsing niet een monopoliepositie in het leven. Het gaat immers slechts om het verbod verwarring te stichten door na te bootsen op punten waar dat voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het product niet nodig is. Dientengevolge beperkt deze bescherming de concurrenten niet in hun vrijheid om het product in kwestie te vervaardigen en te verhandelen; zij belet hen enkel daarbij onoirbaar te werk te gaan door onnodig gevaar voor verwarring bij het publiek te scheppen. Een beperking van de bescherming als door het onderdeel voorgestaan, die tot gevolg zou hebben dat een concurrent na afloop van een octrooi niet alleen de uitvinding van zijn concurrent mag toepassen maar ook het model van diens product onnodig (en in het onderhavige geval, naar het Hof heeft vastgesteld, opzettelijk klakkeloos) zou mogen nabootsen om daarmede ongestraft bij het publiek de indruk te wekken dat die nabootsing van de uitvinder afkomstig is, is dan ook niet in het belang van een eerlijke mededinging."

De bescherming tegen onrechtmatige nabootsing is derhalve volgens de Hoge Raad, óók indien reeds bescherming op grond van het octrooi- of modellenrecht werd genoten, niet in tijd beperkt, althans voor zover het daarbij gaat om het nodeloos stichten van verwarring bij het publiek.

Zowel in het hierboven reeds genoemde arrest Otto Simon c.s./Ephraim Hertzano c.s. als in het derde aan het hoofd van dit nummer vermelde arrest

Beele/Elcon wees het hoogste rechtscollege een in tijdsduur beperkte bescherming tegen onnodig verwarringwekkende slaafse nabootsing van de hand. Hij verwees in beide gevallen (waarvan het laatstbedoelde betrekking had op imitatiekabeldoorvoeringen) kortweg naar hetgeen hij hieromtrent in het arrest-Borsumij/Stenman had overwogen.

2. Aanvullende bescherming van prestaties

HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 701, noot Wichers Hoeth, BMG Music Partnership c.s. tegen Boogaard Trading Lopik BV c.s. (Elvis Presley)

Zoals in het vorige rechtspraakoverzicht *(TPR* 1990, p. 917) werd vermeld, kan volgens de Hoge Raad ook het profiteren van een niet (meer) door een intellectueel eigendomsrecht beschermde *prestatie*, anders dan in de vorm van een (stoffelijk) *product*, onder omstandigheden onrechtmatig zijn. Dáár bleek reeds, dat het college voor deze categorie gedragingen in de concurrentiestrijd een ander criterium is gaan hanteren, dat doorgaans kortweg het criterium van de éénlijnsprestatie wordt genoemd: voor een met een intellectueel eigendomsrecht vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging is in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met een prestatie die toekenning van een dergelijk absoluut recht rechtvaardigt.

Bovenstaande uitspraak, in de wandelgangen meestal als het Elvis Presley-arrest aangeduid, had op de zojuist weergegeven problematiek betrekking. Het betrof de (onstoffelijke) prestaties van Elvis Presley als uitvoerend kunstenaar. BMG Music Partnership heeft in het verleden de uitsluitende rechten verworven om de van de optredens van Elvis Presley gemaakte (geluids)opnamen openbaar te maken, te verveelvoudigen en te verhandelen. Boogaard c.s. fabriceerden geluidsdragers met daarop opnamen van uitvoeringen van Elvis Presley en verhandelden die in de Benelux.

Aangezien de prestaties van uitvoerende kunstenaars hier te lande destijds nog geen bijzondere wettelijke bescherming genoten (zie echter aanstonds), kwam de vraag aan de orde of in casu wellicht toch tegen de gedragingen van Boogaard c.s. geageerd kon worden op basis van onrechtmatige daad. Het hof was van mening, dat het in casu ging om prestaties van Elvis Presley die op één lijn gesteld konden worden met auteursrechtelijk beschermde werken. De Hoge Raad was het met dit oordeel eens. Een uitvoerend kunstenaar komt bescherming toe, die ertoe strekt hem de mogelijkheid te geven tot exploitatie van zijn prestaties, hetgeen onder meer inhoudt dat deze zich ertegen kan verzetten dat van zijn prestaties zonder zijn toestemming (geluids)-opnamen worden gemaakt. Aldus wordt het hem immers mogelijk, zo vervolgde de Hoge Raad, voor zijn toestemming een vergoeding te bedingen en daaraan eventueel voorwaarden te verbinden. Het rechtscollege overwoog voorts: „Het met deze bescherming beoogde doel brengt mee dat degeen die met toestemming van de uitvoerend kunstenaar geluidsopnamen van diens

uitvoeringen maakt, zich zijnerzijds tegen overname van die geluidsopnamen op een geluidsdrager moet kunnen verzetten — ook nog gedurende enige tijd na het overlijden van de kunstenaar — omdat anders de mogelijkheid van die kunstenaar om voor zijn toestemming een redelijke vergoeding te bedingen op onaanvaardbare wijze wordt ondergraven."

De Hoge Raad kwam overigens mede tot deze beslissing vanwege de ten tijde van de procedure ophanden zijnde goedkeuring door Nederland van het in 1961 te Rome tot stand gekomen Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (*Trb.* 1986, 182; inwerkingtreding voor Nederland op 7 oktober 1993), alsmede vanwege de aangekondigde, hierop aansluitende Wet op de naburige rechten (*Stb.* 1993, 178, inwerkingtreding op 1 juli 1993).

3. Profiteren van eigen wetsovertreding

HR 16 september 1988, *NJ* 1989, 505, noot Brunner, J.H. Beekman c.s. tegen B. Niezing

Indien een ondernemer een wet overtreedt, die beoogt een of meer bepaalde aspecten van de mededinging in een bepaalde sector te reguleren, benadeelt hij in zekere zin andere ondernemers die zich wèl aan de wet houden. Hij verschaft zichzelf immers als gevolg van zijn overtreding een niet verdiende voorsprong op zijn concurrenten. Dergelijk gedrag levert echter niet per definitie een onrechtmatige daad tegenover de wetsgetrouwe ondernemers op: dit hangt met name hiervan af, of de overtreden norm de *strekking* heeft om bonafide ondernemers te beschermen tegen ondernemers die zich niet aan de desbetreffende wettelijke regeling houden. Men spreekt in dit verband over de Schutznorm- of relativiteitsleer. Heeft de rechter in een hem voorgelegd geval geoordeeld, dat de wet in kwestie *niet* de strekking heeft om een individuele ondernemer in bescherming te nemen, dan behoeft toch over dat bewuste geval het laatste woord nog niet gezegd te zijn. De Hoge Raad heeft in het bekende Tandartsen-arrest (d.d. 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568) geoordeeld (kort gezegd), dat het aangevallen gedrag desondanks onrechtmatig kan zijn, vanwege het niet in acht nemen van de *zorgvuldigheid* die in het maatschappelijk verkeer betaamt, waarbij de wetsovertreding een factor kan vormen die het antwoord op de vraag naar de zorgvuldigheid beïnvloedt. Vanzelfsprekend zijn, aldus de Hoge Raad, ook hier steeds de bijzondere omstandigheden van het geval van belang.

In de procedure tussen Beekman c.s. en Niezing stond, net als in de zojuist genoemde zaak uit 1958, de Wet op de uitoefening van de Tandheelkunst centraal. Destijds had de Hoge Raad al beslist, dat deze wet *niet* mede strekt ter bescherming van tandartsen tegen benadeling door concurrentie van personen die niet tot de uitoefening van de tandheelkunst bevoegd zijn. In casu baseerden eisers, voor het merendeel tandartsen, hun vordering uit onrechtmatige daad daarom uitsluitend hierop, dat gedaagde, een tandpro-

theticus, een ongeschreven (zorgvuldigheids)norm had overtreden die wèl strekte ter bescherming van hun (maatschappelijke en economische) belangen. Niezing zou zich door zijn werkzaamheden, die (deels ook volgens de bepalingen van de genoemde wet) op het gebied van de tandheelkunde lagen, op het aan bevoegd werkende tandartsen voorbehouden terrein hebben begeven en aldus onrechtmatig gehandeld hebben.

Het hof wees de vordering echter af, na alle bijzondere omstandigheden van het geval in ogenschouw genomen te hebben. Zo oordeelde het hof van belang, dat de vervaardiging van een volledig uitneembare prothese (één der gewraakte handelingen) gewoonlijk door tandartsen wordt overgelaten aan anderen, hetgeen niet met de huidige wetgeving in strijd is. De Hoge Raad overwoog vervolgens, dat het hof aldus kennelijk tot uitdrukking heeft willen brengen dat de tandartsen in redelijkheid niet geacht konden worden enig wezenlijk nadeel te lijden door mededinging van de tandprotheticus voor zover het de enkele vervaardiging van gebitsprothesen betrof. Ook had het hof (ten aanzien van bepaalde andere handelingen) gewicht toegekend aan onder meer het rapport van de Werkgroep Gebitsprothetische Voorzieningen, waarin stond dat „in brede kring de noodzaak van het voorbehouden van bedoelde verrichtingen aan artsen en tandartsen ter discussie staat" en dat „voor die beperkte werkzaamheden niet (steeds) een volledige tandheelkundige opleiding vereist is." Door aldus de in casu gegroeide rechtsovertuiging bij zijn oordeel te betrekken had het hof volgens de Hoge Raad geen rechtsregel geschonden. Het hoogste rechtscollege voegde hieraan toe, dat ook een na het arrest van het hof ingediend wetsvoorstel met de bedoelde veranderde opvattingen op dit gebied rekening houdt. Al met al zag derhalve de Hoge Raad geen aanleiding het arrest van het hof, verweven als het was met tal van (ook andere dan de genoemde) feitelijke omstandigheden, te vernietigen.

4. Profiteren van contractbreuk

HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 217, A.M. Scheerders tegen F.M. van Hoek

HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423, Les Parfums Cacharel & Cie c.s. tegen Geparo Im- en Export BV

HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 424, Les Parfums Cacharel & Cie c.s. tegen Trade Max Europe BV

HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 140, M.H.M. Suntjens tegen M.C.H.W.M. Hoonings-Liebregts

Een vraag die met enige regelmaat aan de rechter wordt voorgelegd, is of en in hoeverre het gebruik maken door iemand van de omstandigheid dat een ander zich aan zijn contractuele verplichtingen jegens een derde onttrekt, onrechtmatig is jegens die derde. Sinds de zestiger jaren bestaat met betrekking tot deze vraag vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Uitgangspunt is in deze rechtspraak telkenmale, dat, zoals het college bijvoorbeeld overwoog in

zijn arrest van 12 januari 1962, *NJ* 1962, 246 (Nibeja/Grundig), „(...) het handelen met iemand terwijl men weet, dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens dien derde niet onrechtmatig is; (...) dat dit kopen en verder verhandelen wel in verband met andere omstandigheden in strijd kan zijn met de ten aanzien van den fabrikant betamende zorgvuldigheid."

In alle hierboven genoemde uitspraken blijft de Hoge Raad bij deze eerdere jurisprudentie.

De zaak-Scheerders/Van Hoek betrof een tussen Van Hoek en Van der Loo tot stand gekomen ruilovereenkomst met betrekking tot een aan laatstgenoemde in eigendom toebehorend perceel grond. In weerwil van deze overeenkomst verkocht Van der Loo het perceel aan Scheerders. Het hof oordeelde, dat Van der Loo, aldus handelende, wanprestatie pleegde jegens Van Hoek. De vraag was nu, of Scheerders jegens Van Hoek onrechtmatig had gehandeld door aan de genoemde gedraging van Van der Loo medewerking te verlenen. Anders dan het hof, meende de Hoge Raad van niet: „De enkele omstandigheid dat Scheerders vóór het verlijden van de notariële akte van transport van de notaris had vernomen dat de verkoper, Van der Loo, jegens Van Hoek een binding had met betrekking tot het te leveren stuk grond en daarom „geredelijk mocht aannemen" dat Van der Loo handelde in strijd met zijn verplichtingen jegens Van Hoek, doet de medewerking van Scheerders aan dat transport (...) niet onrechtmatig zijn jegens Van Hoek." Het college merkte vervolgens nog op — zijn eerdere rechtspraak indachtig — dat bijkomende omstandigheden tot een ander oordeel aanleiding zouden kunnen geven, maar dat daarvan in casu niet was gebleken.

Dergelijke omstandigheden waren er wèl in de procedure Suntjens/Hoonings-Liebregts. Laatstgenoemde was van mening dat Suntjens jegens haar onrechtmatig had gehandeld door misbruik te maken van het feit dat Middelmann & Partner GmbH, die met Hoonings-Liebregts een alleenverkoopovereenkomst had gesloten met betrekking tot bepaalde apparaten, wanprestatie had gepleegd door ook aan hem, Suntjens, deze apparaten te leveren. In deze zaak was de Hoge Raad het over de onrechtmatigheid van het gedrag van Suntjens met het hof eens. Het hof had zijn oordeel dienaangaande namelijk niet gebaseerd op het enkele feit dat Suntjens van de wanprestatie van Middelmann had geprofiteerd, maar tevens „... op de bijkomende omstandigheid dat de door Suntjens geplaatste advertenties een duidelijk wervend karakter hadden, waarbij het Hof kennelijk in het bijzonder het oog had op de voor Hoonings schadelijke wijze waarop Suntjens zich in die advertenties had opgeworpen als „importeur voor West-Europa"," aldus de Hoge Raad.

Ook in de bovenvermelde Cacharel-procedures tenslotte, waarin de gedaagden werden beschuldigd van het doorbreken van een gesloten verkooporganisatie, hield het hoogste rechtscollege aan het meergenoemde uitgangspunt vast, kort gezegd: in beginsel géén onrechtmatigheid, tenzij op grond van bijkomende omstandigheden. Het enkele feit, dat een niet tot de verkoop-

organisatie behorende handelaar frequent en stelselmatig producten afneemt die door middel van een selectief distributiesysteem worden verkocht, brengt nog niet mede dat deze handelaar zich onrechtmatig gedraagt. Vereist is ten minste dat hij bij het inkopen van de producten van de fabrikant wist of behoorde te weten dat hij daartoe uitsluitend in staat was ten gevolge van jegens de fabrikant door een van de leden van diens verkooporganisatie gepleegde wanprestatie. Dit „weten of behoren te weten" kon in casu niet worden aangetoond, te minder daar het hof (in de zaak Cacharel/Trade Max Europa) had vastgesteld, dat de verkooporganisatie van Cacharel juridisch niet gesloten en al evenmin feitelijk waterdicht was.

5. Verstrekken van een lijst van afnemers

HR 23 februari 1990, *NJ* 1990, 664, noot Verkade, Hameco BV tegen Smith Kline & French Laboratories Ltd.

Kwam in het vorige rechtspraakoverzicht (*TPR* 1990, p. 921-922), in het kader van merkinbreuk, de „neven"vordering van het noemen van de toeleveranciers aan de orde (HR 27 november 1987, *NJ* 1988, 722, Chloé/ Peeters), in de onderhavige verslagperiode wees de Hoge Raad, in het kader van octrooiinbreuk, het bovenvermelde arrest met betrekking tot een andere nevenvordering, en wel het verstrekken van een lijst van afnemers van het inbreukmakende geneesmiddel. Ging het er in „Chloé/Peeters" om de merkhouder ertoe in staat te stellen jegens *derden* te ageren terzake van (of ter voorkoming van) een door die derden jegens hem onrechtmatig handelen, in de zaak-Hameco/SKF ging het om de controle op de naleving van het bevel, zich niet langer aan octrooiinbreuk schuldig te maken, gericht tot de *inbreukmaker zèlf.*

In het cassatiemiddel werd betoogd, dat de veroordeling van Hameco om aan SKF of haar advocaat de lijst te verstrekken met namen en adressen van al degenen aan wie zij tabletten had afgeleverd, rechtens onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd was, nu het hof niet had vastgesteld dat Hameco onrechtmatig jegens SKF zou handelen door deze lijst niet aan SKF of haar advocaat te doen toekomen.

De Hoge Raad overwoog dat voor een dergelijke veroordeling zulk een onrechtmatig handelen jegens SKF niet vereist was. „De rechter kan", zo vervolgde hij, „op vordering van degene jegens wie een onrechtmatige daad is gepleegd, naast een veroordeling om zaken door middel waarvan de onrechtmatige daad is gepleegd van afnemers terug te nemen, de aansprakelijke persoon veroordelen op een door de rechter te bepalen wijze een lijst van afnemers van die zaken te verstrekken. Zulks vormt, zoals het Hof het uitdrukt, een deugdelijk middel om na te gaan of gedaagde aan de veroordeling de zaken terug te nemen voldoet en daarmede een aanvaardbaar zijdelings middel om nakoming van deze veroordeling te verzekeren."

Evenals in de zaak-Chloé/Peeters overwoog de Hoge Raad in de onderhavige procedure, dat het opleggen van een nevenvordering niet onbeperkt mogelijk

is: „De rechter zal bij zijn beslissing omtrent zulk een vordering moeten letten op de wederzijdse belangen en de verdere omstandigheden van het geval, zoals de aard en de ernst van de onrechtmatige daad en het belang van de aansprakelijke persoon zijn commerciële gegevens niet aan de concurrentie ter beschikking te stellen."

LIJST VAN ARRESTEN

HOOFDSTUK I

RECHTSPERSONEN EN PERSONENVENNOOTSCHAPPEN

HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, noot 1 Maeijer; noot 2 Alkema, A.U. Koster tegen Mr. J.C. van Nie, curator in het faillissement van Kobo BV

HR 22 februari 1989, *NJ* 1991, 183, noot Maeijer, Johan Willem Nijhuis en Gerrit Jan Nijhuis tegen Machinefabriek G.J. Nijhuis BV

HR 17 mei 1989, *NJ* 1993, 206, Johannes van den Berg en Arjen van den Berg tegen Arie van den Berg

HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, noot Maeijer, Stimulan BV tegen B.A.H. Klaas

HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 308, noot Maeijer, Ellem Beheer BV tegen L.M. De Bruin

HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 433, noot Maeijer, De Kamer van Koophandel voor Nijmegen en omstreken tegen Annemiek Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV, Ingrid Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV, Femke Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV, Max Hirschmann Beleggingsmaatschappij BV en Hirschkind BV

HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 512, De Procureur-Generaal bij het Hof te Arnhem tegen J.H. Schreurs en W. Bolten.

HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, noot Maeijer, Bertus de Bakker e.a. tegen de Procureur-Generaal bij het hof te Amsterdam, de Vereniging van Effectenbezitters e.a. (Ogem Holding NV)

HR 9 mei 1990, *NJ* 1990, 829, de maatschap naar Amerikaans recht Clayco tegen Claybo BV en Cebo NV

HR 11 mei 1990, *NJ* 1990, 544, L.S.S. Weijl tegen Argentijns Grillrestaurant Los Gauchos Molenstraat 26 BV

HR 8 juni 1990, *NJ* 1990, 607, de VOF Gebrs. T. en L.A. Kruithof tegen Lena Klazina Albertha Wittenberg

HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51, noot Maeijer, S e.a. tegen S BV

HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 215, Bruijns c.s. tegen Arrow Management c.s.

HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 52, noot Maeijer, H.A. den Toom Onroerend Goed BV tegen Mr. N.J. Kreek, curator in het faillissement van Bowling Kralingen BV

HR 19 oktober 1990, *NJ* 1991, 21, noot Maeijer, Egbert Koghee tegen Etem Akkoca en Cetin Akkoca

HR 17 mei 1991, *NJ* 1991, 645, noot Maeijer, Leo Bernard Lampe tegen Tonnema BV

HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 247, de vennootschap naar Turks recht D.B.

Deniz Naklyati T.A.S. tegen de vennootschap naar Cypriotisch recht Glorywave Shipping Limited

HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 410, noot Mendel, De Bedrijfsvereniging voor de Koopvaardij en de Stichting Algemeen Ziekenfonds voor Zeelieden tegen Anthony Veder Gas Carriers BV

HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 149 noot Maeijer, A. Veldhof tegen De Stichting Leonhard Woltjer Stichting voorheen Stichting Nederlands Instituut voor het Arabische Cultuurgebied.

HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, noot Maeijer, Nimox NV tegen Mr. A. van den End, curator in het faillissement van Auditrade BV

HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 279 (UVO-Lopik) noot Maeijer, Johannes van den Berg en Arjen van den Berg tegen Arie van den Berg en UVO-Lopik BV

HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, 438, noot Maeijer, Astro Holding NV tegen Pierson, Heldring en Pierson (Curaçao) NV

HR 11 maart 1992, *NJ* 1992, 459, noot Maeijer, Johannes van den Berg en Arjen van den Berg tegen A. van den Berg BV

HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411, noot Maeijer, R.C. van Waning tegen A. van der Vliet

HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 116, noot Maeijer, Food Processing Machinery BV tegen Clara Candy Limited

HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 98 noot Maeijer, J.A. Nagtegaal q.q. tegen Westland/Utrecht Hypotheekbank NV

HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265, noot Stein, cassatie in het belang der wet in de zaak van A.H. Levison tegen MAB Groep BV

HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271, noot Maeijer, G.L. Meijers tegen Mast Holding BV

HR 15 januari 1993, *NJ* 1993, 301, noot Maeijer, JMG Promotie Holding BV, e.a. tegen Henkel Nederland BV

HR 17 maart 1993, *NJ* 1993, 366, noot Maeijer, de ondernemingsraad van Smit Vlootbeheer BV tegen Smit Vlootbeheer BV

HR 1 juni 1993, *NJ* 1994, 52, L. Shipping BV tegen de Staat der Nederlanden

HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, noot Maeijer, Mr. J.L. Brens, curator in het faillissement van Kempes en Sarper BV, tegen B. Sarper

HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687, noot Stein en noot Maeijer, Patrick Power tegen Ardross Engineering CV en Levina Maria Monique Power

HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 272, noot Maeijer, J.P. de Kraa tegen Mr. H.J.J.M. van der Bruggen, curator in het faillissement van de Stichting „De Zilver Ster"

HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 213, Reinout Gustaaf Ferdinand Meier Mattern tegen VHS Onroerend Goed Maatschappij NV

HR 6 oktober 1993, *NJ* 1994, 300, noot Maeijer, Bobel NV tegen de Vereniging van Effectenbezitters VEB e.a.

HR 8 december 1993, *NJ* 1994, 273, noot Maeijer, Johannes van den Berg en Arjen van den Berg tegen Arie van den Berg

HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301, noot Maeijer, R.E. van den Broeke tegen C. van der Linden

HR 22 december 1993, *NJ* 1994, 313, X tegen De Staatssecretaris van Financiën

HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 436, noot Maeijer, Andries Willem van den Berge tegen Verenigde Bootlieden BV

HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545, noot Maeijer, Heuga Nederland BV en Interface Heuga BV tegen de ondernemingsraad van Heuga Nederland BV

HR 16 maart 1994, *NJ* 1994, 561, de ondernemingsraad in de vestiging Churchillplein te 's-Gravenhage van Aegon NV tegen Aegon NV

HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 628, P.W. Fakkert tegen W.A. Fakkert

HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766, noot Maeijer, J.A.Th.P.C. Romme tegen J.A.M.R. Bakker

HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, noot Maeijer, Nederlandse Benzol Maatschappij BV tegen Securicor Nederland BV

HR 2 december 1994, *RvdW* 1994, 263, *NJ* 1996, 246, noot Verkade, ABN AMRO Bank NV, rechtsopvolgster onder algemene titel van Amsterdam Rotterdam NV tegen De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Vereniging tot Behartiging van de belangen van Houders van Obligaties Coopag Finance BV

HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288, noot Maeijer, Arnoldus Franciscus Poot tegen het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds

HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 579, noot Maeijer, Adjuncten Properties Holding BV tegen Lars Ragnar Söderqvist q.q.

HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 595, noot Maeijer, Janssen Pers BV e.a. tegen Paul Victor Johannes Henricus Janssen en Janssen Pers Beheer BV

HR 9 juni 1995, *RvdW* 1995, 124, N.J. Krijger tegen Citco Bank Antilles NV

HR 16 juni 1995, *RvdW* 1995, 136, Bato's Erf Beheer Nijmegen BV tegen de Staat der Nederlanden

HR 27 juni 1995, *NJ* 1995, 662, noot Schalken, strafzaak tegen J.A.J. van den N.

HR 3 november 1995, *RvdW* 1995, 227, Roco BV, J.P. Rouwenhorst tegen de Staat der Nederlanden

HR 3 november 1995, *RvdW* 1995, 231, H.F.M. van der Heijden tegen J. van Hoogenhuijze

WAARDEPAPIEREN EN TUSSENPERSONEN

HR 6 december 1991, *NJ* 1992, 176, Rosa Ronstedt GmbH tegen S.T. Fashions BV

HR 30 oktober 1992, *NJ* 1993, 117, Vandervoodt BV tegen NV Indosuez Bank België

HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 668, Van Wezenbeek e.a. tegen Het Financieele Dagblad BV

HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 227, noot Ras, Beck tegen BV Effectenkantoor E. van Wijngaarden & Co.

HR 8 september 1995, *RvdW* 1995, 168, *NJ* 1996, 253, noot Mendel, Mustafa Salama tegen International Factors „De Factorij" BV

VERZEKERING

BGH 26 juni 1989, *NJ* 1990, 763, noot Mendel, Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars tegen A. Potz en Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

BGH 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 660, noot Brunner, Ziektekostenverzekering Ambtenaren (ZVA) tegen J.H. van Asselt

BGH 15 december 1989, *NJ* 1990, 284, N.P. tegen M. Reyniers

HR 19 januari 1990, *NJ* 1990, 780, noot Mendel, Westermij BV, voorheen geheten Amfas Vastgoed BV tegen Zwolsche Algemeene Schadeverzekering NV

HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 526, De Verenigde Onderlinge Schadeverzekeringsmaatschappij OTOS UA tegen Jan Jonkman

HR 18 mei 1990, *NJ* 1990, 566, Barteld Gerard de Kroon tegen Ennia Schadeverzekering NV

BGH 30 november 1990, *NJ* 1991, 263, De procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Luik tegen D.H.

BGH 30 november 1990, *NJ* 1991, 264, NV Groep Eaglestar-Brusselse Maatschappij 1821 tegen NV Cobeca

BGH 30 november 1990, *NJ* 1991, 472, noot Mendel, Patrick Schons e.a. tegen Richard Lecok e.a.

BGH 21 december 1990, *NJ* 1991, 319, Landsbond der Christelijke Mutualiteiten tegen Maurits Dedeyne en Verzekeringsmaatschappij van de Schelde NV

BGH 21 december 1990, *NJ* 1991, 428, noot Mendel, NV Assurantie van de Belgische Boerenbond tegen NV Ford Tractor Belgium

HR 11 januari 1991, *NJ* 1991, 271, H.M.C. van de Wijngaard tegen W. Haagman & Co. BV

HR 1 februari 1991, *NJ* 1991, 357, Beatrijs Snikkers tegen Nationale Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij NV

HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 358, 1. H.J. Roelofs Assuradeuren BV en vijf andere maatschappijen tegen J.W. van Soest & Zonen CV

HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493, noot Van Schilfgaarde, RVS Levensverzekeringen NV tegen Jacky Van Scharenburg

HR 5 april 1991, *NJ* 1992, 244, noot Van Schilfgaarde, De onderlinge Zeeuwse Waarborgmaatschappij UA tegen A.M.P.L. Mangnus

HR 17 mei 1991, *NJ* 1991, 494, Centrale Schadeverzekering NV tegen Margrieta Hindriks

HR 17 mei 1991, *NJ* 1991, 504, W.J. Kersbergen tegen O.W.J. Schlencker Assuradeuren BV

BGH 27 mei 1991, *NJ* 1991, 817 (inzake Hugues De Molder)

BGH 11 juni 1991, *NJ* 1992, 82, noot Mendel, Nationale Nederlanden Schadeverzekering Mij NV tegen Waarborgfonds Motorverkeer

HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 778, noot Mendel, Nationale Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij en Van Wijnen Engineering BV tegen Gräffner Assurantiën CV

HR 15 november 1991, *NJ* 1992, 473, noot Mendel, Interkes BV tegen Nieuw Rotterdam Schade NV

HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 316, noot Mendel, The General Accident Fire And Life Assurance Corporation tegen Amev Schadeverzekering NV

HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 606, noot Mendel, gemeente Maastricht — Taxi Centrale Crals Maastricht BV

HR 14 februari 1992, *NJ* 1992, 245, noot Van Schilfgaarde, Aegon Schadeverzekering NV c.s. tegen CSF Beheer BV

HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 397, J.L. van Noort tegen Centraal Beheer Schadeverzekering NV

HR 15 mei 1992, *NJ* 1993, 263, noot Mendel, M. Caransa BV tegen De Rotterdamse Assurantiekas NV

HR 22 mei 1992, *NJ* 1993, 381, noot Mendel, Modehuis „La Comtesse" BV e.a. tegen Nieuw Rotterdam Schade NV

HR 19 juni 1992, *NJ* 1992, 691, De v.o.f. A.C. Fraser en Co. tegen Peha Vastgoed BV

HR 19 juni 1992, *NJ* 1993, 487, noot Mendel, S. tegen Schermer Assuradeuren BV

HR 19 juni 1992, *NJ* 1993, 555, noot Mendel, Maduro & Curiel's Bank NV tegen Fatum/De Nederlanden van 1845 NV

(Vervolg op HR 21 september 1990, NJ 1990, 831)

HR 11 september 1992, *NJ* 1993, 754, noot Mendel, K. tegen De Onderlinge Verzekeringsmaatschappij Avero Schade U.A.

HR 23 oktober 1992, *NJ* 1992, 814, G. Holding BV e.a. tegen Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Mij. NV

HR 6 november 1992, *NJ* 1994, 150, noot Mendel, R. van Spanje tegen Groep Josi Verzekeringen Maatschappij 1909 NV

BGH 17 december 1992, *NJ* 1993, 200, M. Lambert tegen NV Groep Josi en Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

HR 8 januari 1993 *NJ* 1994, 151, noot Mendel, NV Handel en Industrieonderneming Nationaal (HION) tegen Patrick Selwin Plaisted.

HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 152, noot Mendel, Tulleners van Buren C.V. en anderen tegen J.W. Nijholt BV

HR 8 juli 1993, *NJ* 1994, 210, noot Mendel, J.Th.A.M. Hogenboom tegen Unigarant NV

HR 3 september 1993, *NJ* 1993, 690, Nieuw Rotterdam Schade NV tegen BV Zeehavenbedrijf Dordrecht

HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 760, J.E.M.L. Brackel tegen Atlantische Unie van Verzekeringen NV (UNAT)

HR 26 november 1993, *NJ* 1994, 126, Cox Construction Ltd. tegen Nieuw Rotterdam Schade NV

HR 10 december 1993, *NJ* 1994, 686, noot Mendel, A.C. Fraser en Co. Anno 1736 Assuradeuren tegen Agrarische Handelsonderneming Bruinisse BV

HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 243, M. van Marle BV tegen Wereldhave NV

HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 550, M. tegen De onderlinge waarborgmaatschappij De Ambtenaren Centrale Onderlinge Ziektekostenverzekering U.A.

HR 29 april 1994, *NJ* 1994, 735, noot Clausing, H. tegen Westland/Utrecht Verzekeringen BV

HR 10 augustus 1994, *NJ* 1995, 58, General Accident Fire and Life Assurance Corporation tegen De Staat der Nederlanden en Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds

HR 3 september 1993, *S&S* 1994, 14, Nieuw Rotterdam Schade NV tegen BV Zeehavenbedrijf Dordrecht

HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 270, noot Mendel, A.M.B. tegen NV Amersfoortse Algemene Verzekering Maatschappij

HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 285, noot Mendel, A.J.W. Trouwborst tegen Tollenaar & Wegener

HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995, 95, Instituut Ziektekostenvoorziening Ambtenaren (IZA) tegen Stichting Waarborgfonds Motorverkeer

HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 141, J.G. Krassenburg tegen NV Maatschappij van Assurantie, Discontering en Beleening der Stad Rotterdam Anno 1720

HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 399, noot Mendel, Allianz Nederland BV tegen Ronvast BV

BGH 8 december 1994, *NJ* 1995, 529, noot Mendel, Assurance Liégeoise tegen Adam-Mutualités Chrétiennes

HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 580, noot Mendel, Nationale Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij NV tegen Royal Nederland Verzekeringmaatschappij NV en Aannemingsbedrijf Van Lee BV

HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 498, Modalfa Vastgoed BV tegen Schermer Assuradeuren BV

Hoofdstuk IV

VERVOER

HR 23 juni 1989, *S&S* 1989, 120, W.T.A. Beerends/Transtrading BV (Padus)

Hoge Raad, 6 april 1990, *NJ* 1991, 689, noot Brunner (het arrest is ook gepubliceerd in S&S 1990, 74), Van Gend & Loos NV tegen Transport- en Opslagbedrijf Vitesse BV

HR 8 november 1991, *S&S* 1992, 37, A&R „Thiemann GmbH e.a./CV Scheepvaartonderneming Brouwersgracht" e.a. (Brouwersgracht)

HR 29 juni 1990, *NJ* 1992, 106, noot Schultsz, S&S 1990, 110, Nilsson & Noll Speditionaktiebolag/Delta Lloyd Schadeverzekering NV (Gabriële Wehr)

HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 456, J.A. van Loo/C.J. Wouters

HR 11 juni 1993, *NJ* 1995, 235, noot Japikse (ook gepubliceerd in *S&S* 1993, 123) („Quo Vadis"), Kroezen tegen Gerling-Konzern Allgemeine Versicherung AG

HR 3 september 1993, *NJ* 1994, 225, noot Mendel (het arrest is ook gepubliceerd in *S&S* 1994, 61), Handelsmaatschappij Jac. Dagevos BV („Pieter") tegen C.G. Verheij („Seolto")

HR 26 november 1993, *NJ* 1995, 446, noot Kleyn, *S&S* 1994, 25, Expeditiebedrijf Wim Bosman BV/Condorcamp

HR 15 april 1994, *S&S* 1994, 72 („Cargofoor"), BV Transport- en Expeditiebedrijf „Cargofoor" tegen Rotterdams Tank Transport BV

HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 511, noot Japikse (het arrest is ook gepubliceerd in S&S 1995, 3), BV Sleepdienst- en Transportonderneming G.J. Eerland LCM Zn. tegen gemeente Rotterdam

HR 24 maart 1995, *S&S* 1995, 72, Assurantie Maatschappij Nieuw Rotterdam NV/Geest North Sea Line BV (Iris)

HR 24 maart 1995, *S&S* 1995, 74, Nieuw Rotterdam Schade NV/Van den Bosch Transporten BV

HR 16 september 1988, *NJ* 1989, 505, noot Brunner, J.H. Beekman c.s. tegen B. Niezing

HR 27 januari 1989, *NJ* 1989, 506, noot Wichers Hoeth, P. Meyn tegen Stork PMT BV

HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 701, noot Wichers Hoeth, BMG Music Partnership c.s. tegen Boogaard Trading Lopik BV c.s. (Elvis Presley)

BGH 26 juni 1989, *NJ* 1989, 836, noot Wichers Hoeth, NV Isover Saint-Gobain en NV Glaceries de Saint-Roch tegen NV Isoglass

HR 24 november 1989, *NJ* 1992, 404, noot Verkade, Focus Veilig BV tegen The Lincoln Electric Company e.a.

HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 217, A.M. Scheerders tegen F.M. van Hoek

HR 23 februari 1990, *BIE* 1990, 99, Verheijen Export Seeds BV tegen Enza Zaden De Enkhuizer Zaadhandel BV

HR 23 februari 1990, *NJ* 1990, 663, noot Verkade, Verheijen Export Seeds BV tegen Rijk Zwaan Zaadteelt en Zaadhandel BV

HR 23 februari 1990, *NJ* 1990, 664, noot Verkade, Hameco BV tegen Smith Kline & French Laboratories Ltd.

HR 2 maart 1990, *NJ* 1991, 148, noot Verkade, Droste BV tegen Baronie-De Heer BV

HR 29 juni 1990, *IER* 1990, 49, Matrix Software Technology Corporation tegen Sebastopol BV, Matrix Software BV en Matrix Informatiesystemen BV

HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 169, noot Verkade, Dupont de Nemours (Nederland) BV tegen The Globe Manufacturing Company

BGH 10 december 1990, *BIE* 1991, 57, Kortman-Nederland BV tegen Remo Chemie BV

BGH 21 december 1990, *NJ* 1991, 429, noot Verkade, Prince Manufacturing Inc. tegen W.J.M.C. van Riel-Gijzen

HR 31 mei 1991, *NJ* 1992, 391, noot Verkade, Borsumij Bouwspecialiteiten BV tegen Stenman Holland BV

HR 7 juni 1991, *NJ* 1992, 392, Otto Simon BV c.s. tegen Ephraim Hertzano c.s.

HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 393, noot Verkade, Van Benten en de stichting Nederlands Instituut voor Administratiekantoren (afgekort NIVAK) tegen de vereniging Nederlands Genootschap van Administrateurs (afgekort NGA)

HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423, Les Parfums Cacharel & Cie c.s. tegen Geparo Im- en Export BV

HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 424, Les Parfums Cacharel & Cie c.s. tegen Trade Max Europe BV

BGH 16 december 1991, *NJ* 1992, 596, noot Verkade, Burberrys Limited tegen Bossi S.P.A. e.a.

BGH 16 december 1991, *NJ* 1992, 785, noot Spoor, Adidas Fabriques de Chaussures de Sport S.à.r.l. tegen Sporthuis P. Coenraad BV en Triumph International AG

HR 14 februari 1992, *BIE* 1993, 6, J.A. Beele Handelmaatschappij BV c.s. tegen Electrische Verbindingen Europa BV, handelende onder de naam Elcon BV c.s.

BGH 6 november 1992, *NJ* 1993, 454, noot Verkade, Automotive Products Benelux BV tegen Valeo S.A.

HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 735, NV Medicopharma en BV Pharbita tegen Imperial Chemical Industries Plc.

BGH 26 maart 1993, *NJ* 1993, 328, noot Verkade, MB International BV tegen Mattel Inc.

BGH 20 december 1993, *NJ* 1994, 637, noot Verkade, Shell International Petroleum Company Ltd. tegen C.P.M. Walhout-de Visser

BGH 20 december 1993, *NJ* 1994, 638, noot Verkade, Daimler-Benz A.G. e.a. tegen J.J. Haze en Zoon BV e.a.

HR 27 mei 1994, *NJ* 1995, 136, noot Spoor, J. Hupkens tegen Chr. M. van Ginneken

BGH 13 juni 1994, *NJ* 1994, 665, noot Verkade, Régie Nationale des Usines Renault S.A. tegen Reynolds Aluminium Holland BV

BGH 13 juni 1994, *NJ* 1994, 666, noot Verkade, Wolf Oil Corporation tegen Century Oil Industries

HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 140, M.H.M. Suntjens tegen M.C.H.W.M. Hoonings-Liebregts

HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 196, Ursula Linden GmbH tegen Jeantex BV

BGH 13 december 1994, *NJ* 1995, 409, noot Verkade, NV Motorest tegen Mr J. Hody q.q. en BV BA Resto-Inn

HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 642, noot Gielen, Ciba-Geigy A.G. tegen Ralph Hali

HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 173, De vennootschap onder firma Steenhouwerij P. Overkamp tegen Natuursteenbedrijf Ben Overkamp BV

BGH 16 december 1994, *BIE* 1995, 64, *NJ* 1996, 34, noot Gielen, Compagnie Générale des Etablissements Michelin tegen Michelin Besteck und Metallwarenfabrikation Werner Michels e.a.

HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 391, noot Verkade, Ciba Geigy AG tegen Oté Optics BV c.s.

HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 670, noot Verkade, C.A.A. van der Lans en

Hair-o-Theek Miss Men Lage Zwaluwe BV, mede handelende onder de naam Funny Chairs Junior Holland tegen Floral BV c.s.

BGH 16 juni 1995, *RvdW* 1995, 142, Rivel Rijwielfabriek BV tegen Constructie- en Verkoop van Gehandicapten Voorzieningen Heerenveen BV (afgekort: CVGV)

BGH 16 juni 1995, *NJ* 1995, 745, noot Verkade, Linguamatics BV tegen Stichting Polyglot.

HR 3 november 1995, *RvdW* 1995, 226, Frits Loendersloot tegen George Ballantine & Son Ltd. e.a.