



De wet bestuderen, maar dan zoals jij dat wilt?

Ontwikkel je juridische kennis met een bachelor of master Rechtsgeleerdheid

Wil je jouw inzicht in het recht naar een hoger niveau tillen? Denk dan eens aan een Bachelor of Master Rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit. Je studeert dan zoals jij dat wilt. In deeltijd, online, in je eigen tempo, prima te combineren met je werk en privéleven. Academisch, topniveau én met studiesucces in het vooruitzicht!

- ✓ Meerdere startmomenten mogelijk
- ✓ Structuur, maar tegelijk veel vrijheid
- ✓ Persoonlijke begeleiding en excellent studiemateriaal
- ✓ Schakelprogramma van HBO naar WO op maat mogelijk
- ✓ Internationaal erkende, universitaire titel Bachelor & Master of Laws

Vraag jouw persoonlijk studieadvies aan
ou.nl/rechten

Open Universiteit
www.ou.nl



KRONIEKEN

AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT PERSONEN- EN FAMILIERECHT EN ERFRECHT



INHOUD

Aansprakelijkheidsrecht

- 75** Bestuurdersaansprakelijkheid
 - 75 Uitleg van artikel 2:11 BW
 - 76 Belastingsschulden
- 76** Verzekering
 - 76 Mededelingsplicht
 - 76 Primaire dekkingsomschrijving
 - 77 Risicowijziging
- 77** Mededinging
- 78** Werkgeversaansprakelijkheid
 - 78 Verjaring
 - 78 Beroepsziekten: mesothelioom
 - 79 Fout uitgeleende werknemer
- 80** Overheidsaansprakelijkheid
 - 80 Strafrechtelijk optreden
 - 80 Aansprakelijkheid toezichthouders
 - 80 Civielrechtelijke toetsing van een onrechtmatig bestuursbesluit
 - 81 Bestemmingsplan
- 81** Beroepsaansprakelijkheid
 - 81 Derdenwerking van een beroepsfout
 - 83 Professionaliteitsnorm voor vastgoedspecialisten
 - 83 Tuchtrechtelijk oordeel
 - 84 Kanschade bij medische nalatigheid
- 84** Opstalaansprakelijkheid

Personen- en familierecht en erfrecht

- 85** Wetgeving
- 85** Huwelijksvermogensrecht
 - 85 Vergoedingsvordering
 - 86 Beperkte en/of eenvoudige gemeenschap
 - 86 Verdeling
- 87** Internationaal privaatrecht
- 88** Procesrecht
 - 88 Belanghebbende
- 88** Partneralimentatie
 - 89 Betaalde hypotheekrente aan te merken als partneralimentatie?
 - 89 Doorbreking niet-wijzigingsbeding
 - 89 Behoeftes
 - 89 Beroepsfout advocaat
- 90** Ots
- 90** Bopz
- 90** Erfrecht
 - 90 Rekening en verantwoording
 - 90 Procesrecht
 - 91 Wilsbekwaamheid erflater
 - 91 Afgifte van een medisch dossier
 - 91 Gemeenschap



COLOFON

Publicatiedatum 3 juli 2018

98e jaargang
Het *Advocatenblad*, het blad voor de Nederlandse advocatuur, verschijnt 10 keer per jaar en wordt uitgegeven door Boom juridisch. De van de Nederlandse orde van advocaten onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

Hoofdredacteur
Kees Pijnappels

Samenstelling
Nathalie Cloudeans-Moong

Advocaat-redactieleden
Jan Wouter Alt, Halime Cilik, Yola Geradts, Karol Hillebrandt, Jack Linssen, Marijn Maathuis, Robert Maliewicz, Coline Norde, Marc Padberg, Christiane Verfuurden, Paulien Willemssen

Beeldredactie
Charlotte Helmer

Illustraties
Floris Tilanus

Vormgeving
Textcetera, Den Haag

Correctie
Sandra Braakmann

Druk
Wilco, Amersfoort

Citeerwijze
Adv.bl. 2018-6, Kroniek Aansprakelijkheidsrecht, p. *Adv.bl.* 2018-6, Kroniek Personen- en familierecht en erfrecht, p.

Aan dit nummer werken mee

Petra Chao, Imke Gerrits, Vincent Hofman, Caspar Janssens, Christiane Verfuurden, Liesbeth Willemssen

Redactionele bijdragen

Bijdragen kunnen naar redactie@advocatenorde.nl. Per 500 woorden leveren deze 1 opleidingspunt op. De redactie heeft het recht bijdragen in te korten. De redactie is telefonisch bereikbaar op nummer 070-335 35 70.

Boom juridisch
Selma Soetenhorst-Hoedt (uitgever)

Bureau van de orde
Neuhuykade 94, 2596 XM Den Haag, postbus 10851, 2500 GW Den Haag, info@advocatenorde.nl, 070-335 35 35, helpdesk.helpdesk@advocatenorde.nl, 070-335 35 54.

Abonnementen

De abonnementsprijs bedraagt € 240 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten). Een abonnement biedt u naast de gedrukte nummers tevens het online-archief vanaf 2001 én een e-mailaflevering. Kijk op www.advocatenblad.nl voor meer informatie en het afsluiten van een abonnement. Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan. Valt de aanvang van een abonnement niet samen met het kalenderjaar, dan wordt over het resterende gedeelte van dat jaar een evenredig deel van de abonnementsprijs in

rekening gebracht. Het abonnement kan alleen schriftelijk tot uiterlijk 1 december van het lopende abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een jaar verlengd. Voor vragen over uw abonnement kunt u contact opnemen met Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of tdschiffen@boomdistributiecentrum.nl.

Adreswijzigingen

Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of tdschiffen@boomdistributiecentrum.nl. Adreswijzigingen van advocaten: adres@advocatenorde.nl.

Media-advis
Maarten Schuttel

Advertentieaandelen

Capital Media Services B.V., Staringstraat 11, 6521 AE Nijmegen
Tel. 024-360 77 10, mail@capitalmediaservices.nl

Behoudens door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoerdigd of openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het *Advocatenblad* impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervoerdigging t.b.v. de (elektronische) ontleding van (delen van) het *Advocatenblad* in enige vorm.

HO
KEURMERK

uitgeversverbond
Groep uitgever voor vak en wetenschap

KRONIEK AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

DOOR / CASPAR JANSSENS, PETRA CHAO EN VINCENT HOFMAN

In deze Kroniek staat een selectie van de in 2017 en de eerste maanden van 2018 door de Hoge Raad gewezen arresten op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht centraal. Daarbij komen onder meer uitspraken op het gebied van het verzekeringsrecht en het mededingingsrecht aan de orde, alsmede uitspraken die betrekking hebben op aansprakelijkheid van de overheid, werkgevers, bestuurders en beroepsbeoefenaars.

BESTUURDERS- AANSPRAKELIJKHEID Uitleg van artikel 2:11 BW

De uitleg van artikel 2:11 BW (Burgerlijk Wetboek, BW), de doorbraak-bepaling, kwam aan bod in een arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2017 (ECLI: NL:HR:2017:275). Voornoemde bepaling is in het leven geroepen in het kader van 'anti-misbruik'-wetgeving en breidt de aansprakelijkheid van een aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder uit naar de natuurlijke personen in de bovenliggende keten van bestuurders. Zo wordt tegengegaan dat een natuurlijke persoon die indirect bestuurder is zich kan verschuilen achter een 'lege' rechtspersoon-bestuurder die rechtstreeks door hem wordt bestuurd. In de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak gaat het om Le Roux, een rechtspersoon naar vreemd recht, die in zee ging met Hyka, een als commissionair optredende Nederlandse besloten vennootschap. In die relatie zou Hyka onrechtmatig hebben gehandeld, aldus Le Roux, leidende tot een procedure bij de Rechtbank Arnhem. In een aantal tussenvonnissen kwam de rechtbank tot het oordeel dat Hyka schadeplichtig is jegens Le Roux. Voordat een eindvonnis werd uitgesproken, werd Hyka echter in staat van faillissement verklaard en werd de procedure bij de rechtbank geschorst. Le Roux maakte vervolgens een nieuwe procedure aanhangig, dit keer tegen de rechts-

persoon-bestuurder van Hyka, de 'Holding', enerzijds en de broers W. en K. anderzijds, die te dezer zake fungeerden als indirecte bestuurders van die Holding. De Hoge Raad gebruikt de term 'eerstegraads bestuurder' voor de Holding respectievelijk 'tweedegraads bestuurder(s)' voor de twee broers. Deze nieuwe procedure leidde tot gedeeltelijke toewijzing door de rechtbank, daaropvolgend tot gedeeltelijke vernietiging van dat vonnis door het hof. Van belang is verder dat het tussenvonnis in de procedure Le Roux/Hyka, waarin tot aansprakelijkheid van Hyka werd geoordeeld, in gezag van gewijsde is gegaan. Het gaat in cassatie nog om de vraag of artikel 2:11 BW zo moet worden uitgelegd dat de tweede-graads bestuurders op dezelfde voet aansprakelijk zijn als de eerstegraads bestuurder, in dit geval een Holding, zonder dat nog moet worden nagegaan of de tweede-graads bestuurders een (voldoende) persoonlijk ernstig verwijt treft. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend. Een belangrijke conclusie van de Hoge Raad is dat artikel 2:11 BW van toepassing is op *alle* gevallen waarin de rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is en dus ook in gevallen van externe bestuurdersaansprakelijkheid (art. 6:162 BW). Dit betekent dus dat na vestiging van aansprakelijk-

heid van de eerstegraads bestuurder niet (meer) hoeft te worden nagegaan of de tweedegraads bestuurder een (voldoende) persoonlijk ernstig verwijt treft bij de toedracht van die aansprakelijkheid, zoals dit wel het geval is bij (externe) aansprakelijkheid van eerstegraads bestuurders. Toetsing aan de voornoemde (voldoende) ernstig verwijt-maatstaf kwam in deze Kroniekperiode ook bij gevallen van externe bestuurdersaansprakelijkheid aan de orde. In een zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2017 (ECLI:NL:HR:2017:484) heeft de bestuurder van een projectvennootschap, Hanzevast Beleggingen, de indruk gewekt dat de projectvennootschap in het kader van de aankoop van kantoorruimte voldoende liquide was om een koopovereenkomst aan te gaan. Nu bleek dat de projectvennootschap een 'lege' bv was, terwijl de verkoper ervan mocht uitgaan dat dit niet het geval was en daarom geen zekerheden heeft bedongen, heeft Hanzevast Beleggingen onrechtmatig jegens de verkoper gehandeld. Hanzevast Beleggingen heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de projectvennootschap haar verplichtingen jegens de koper niet kon nakomen, terwijl zij wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de projectvennootschap geen

Caspar Janssens, Petra Chao en Vincent Hofman zijn (cassatie-)advocaten bij Keppelhout & Korthals Advocaten N.V. in Rotterdam



verhaal zou bieden voor de vordering van de verkoper. Derhalve treft haar een ernstig verwijt.

In dat kader is voorts van belang het arrest van de Hoge Raad van 21 april 2017 (ECLI:NL:HR:2017:754). In dit geval oordeelde de Hoge Raad dat een bestuurder een ernstig verwijt trof doordat zijn paulianeuze rechtshandeling schade heeft veroorzaakt jegens Alstonville. Weaver had van Alstonville aandelen gekocht, maar bleef in gebreke van een deel van de koopprijs te betalen. Weaver had vervolgens de aandelen voor 1 euro (vermeerderd met elke toekomstige dividenduitkering) verkocht, waardoor Alstonville haar verhaalsmogelijkheid werd ontnomen. De transactie kwalificeerde als paulianeus, aldus het Hof Amsterdam, als gevolg waarvan de bestuurders van Weaver een ernstig verwijt trof. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand.

Voor de volledigheid wijzen nog op de in het Kroniekjaar uitgekomen dissertatie van Westenbroek¹ en waarin voorstellen worden gedaan om het leerstuk van de (externe) bestuurdersaansprakelijkheid te vereenvoudigen.

Belastingenschulden

In zijn arrest van 17 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:248) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een bestuur-

der aansprakelijk is voor fiscale invorderingschade, ingeval hij nalaat de ontvanger te melden dat de rechtspersoon niet in staat is de belastingen te betalen (art. 31 Invorderingswet 1990). De bewijslast dat de aangesproken bestuurder een bestuurder is in de zin van de Invorderingswet 1990 rust op de ontvanger. Voor beantwoording van die vraag is niet beslissend of de bestuurder is ingeschreven als zijnde bestuurder in het handelsregister. Al kan dit wel een belangrijke aanwijzing opleveren. De omstandigheid dat de bestuurder als bestuurder is benoemd en die taak als zodanig heeft aanvaard, is beslissend voor beantwoording van die vraag. Zo worden derden beschermd tegen onjuiste inschrijvingen in het handelsregister. Dit oordeel is in lijn met hetgeen de Hoge Raad in 2008 al oordeelde.

VERZEKERING

Mededelingsplicht

Een (aspirant-)verzekerde heeft bij het aangaan van een verzekeringsovereenkomst een (precontractuele) mededelingsplicht, zodat de verzekeraar in staat is het te verzekeren risico te beoordelen. De mededelingsplicht ziet enkel op feiten die de (aspirant-)verzekeringnemer kent of behoort te kennen (kennisvereiste) en waarvan de verzekeringnemer

weet of behoort te begrijpen dat de beslissing van de verzekeraar om al dan niet onder bepaalde voorwaarden een verzekering te sluiten van die feiten afhangt althans kan afhangen (kenbaarheidsvereiste). Dit kenbaarheidsvereiste wordt ex artikel 7:928 lid 6 BW ingekaderd door de vragen opgenomen in het aanvraagformulier. De Hoge Raad heeft op 22 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2447) geoordeeld dat ook ná het invullen en toesturen van het ingevulde aanvraagformulier en vóór het accepteren van de verzekering een mededelingsplicht kan bestaan, indien de verzekeraar in het aanvraagformulier uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat in deze periode mededeling dient te worden gedaan van wijzigingen van relevante feiten en omstandigheden waarnaar in het aanvraagformulier is gevraagd. In deze periode worden er, zo volgt uit het arrest, geen zwaardere eisen gesteld aan het kenbaarheidsvereiste. De aanwijzing om mededeling te doen in deze tussenliggende periode – mede in de context van het gehele aanvraagformulier – is bepaling voor de vraag of voldaan is aan het kenbaarheidsvereiste.

Primaire dekkingsomschrijving

Met het Valschermzweeftoestel-arrest van 9 juni 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AV9435) heeft de Hoge Raad bepaald dat het de verzekeraar

vrijstaat met de (primaire) dekkingsomschrijving de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen. De uitleg van de primaire dekkingsomschrijving is daarmee een zeer relevant onderwerp binnen het verzekeringsrecht. De Hoge Raad heeft hierover op 9 juni 2017 een arrest gewezen (ECLI:NL:HR:2017:1055). Het ging om de verhouding tussen een tweetal bepalingen opgenomen in de polisvoorwaarden. De eerste bepaling betrof 'de omvang van de dekking' en de tweede bepaling zag op 'uitsluitingen'. Het Hof Amsterdam oordeelde dat met de bepaling met de primaire dekkingsomschrijving is beoogd dekking te bieden voor het spiegelbeeld van de uitgesloten situaties. Dientengevolge dienden volgens het hof niet alle bewoordingen uit de bepaling over de dekkingsomvang gezien te worden als afzonderlijke voorwaarden. Het zou aldus gaan om spiegelbeeldbepalingen. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd. Hij oordeelde dat uit het feit dat een situatie niet opgenomen is onder de bepaling 'uitsluitingen' nog niet volgt dat de situatie valt onder de primaire dekkingsomschrijving. Ter illustratie: stel dat dekking wordt geboden bij schade tijdens vervoer van fruit en dat onder uitsluitingen enkel 'appels' zijn opgenomen. Als zich schade voordoet bij vervoer van bloemkolen zou dit volgens het hof betekenen dat bloemkolen onder de dekking vallen nu geen sprake is van appels. Dit levert een rare situatie op. Bloemkolen zijn immers geen fruit en zouden dus niet onder de primaire dekkingsomschrijving dienen te vallen. Kortom, de bepaling over dekkingsomvang dient niet uitgelegd te worden aan de hand van de bepaling met uitsluitingen. Het feit dat een bloemkool geen appel is, maakt deze groente namelijk nog geen fruit. Indien het schadevalvoldoet aan de primaire dekkingsomschrijving is het voorval dus in beginsel gedekt, tenzij de dekkingsomvang in het specifieke geval nader is ingeperkt door

een uitsluitingsbepaling. In zijn artikel in het *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* maakt Pronk onderscheid tussen uitsluitingen die onderdeel vormen van de primaire dekkingsomschrijving en (secundaire) detailuitsluitingen en hij leidt uit het arrest van de Hoge Raad af dat niet elke uitsluiting een primair vereiste voor dekking verwoordt.² Dit zou gevolgen hebben voor onder meer de (verdeling van de) bewijslast en het bewijsrisico.

Risicowijziging

Onlangs heeft de Hoge Raad nog een arrest gewezen op basis van het oude verzekeringsrecht, zoals dat was vervat in het (oude) Wetboek van Koophandel (WvK). Deze uitspraak ziet op een aansprakelijkheidskwestie van een assurantietussenpersoon. De verzekeraar weigerde dekking te verlenen aan de verzekerde wegens onjuiste opgave bij het aangaan van de polis en wegens risicowijziging waarvan de verzekeraar niet tijdig op de hoogte is gebracht. Verzekerde verweet de assurantietussenpersoon van het onjuist invullen van de vragenlijst en het verzuim maatregelen te nemen met het oog op de in de polisvoorwaarden opgenomen mededelingsplicht ten aanzien van risicoverzwarende omstandigheden. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen op de grond dat causaal verband ontbreekt tussen de gestelde tekortkomingen en de schade die verzekerde heeft geleden. Dit vonnis is bekrachtigd door het hof. Het hof heeft onder meer geoordeeld dat het ontbreken van dekking getoetst moet worden aan artikel 293 (oud) WvK en dat de verzekeraar op grond van die bepaling dekking had kunnen weigeren. In cassatie heeft de verzekerde onder meer een klachten tegen deze overweging gericht. De Hoge Raad oordeelde deze klacht gegrond omdat artikel 293 (oud) WvK van regeling recht is. Nu in de polisvoorwaarden een afwijkende regeling is opgenomen diende de gevolgen van de risicowijziging – in tegenstelling

tot hetgeen het hof heeft overwogen – niet aan artikel 293 (oud) WvK te worden getoetst. Volledigheidshalve merken wij nog op dat titel 7.17 BW geen met artikel 293 (oud) WvK vergelijkbare bepaling kent.

MEDEDINGING

De Europese Commissie heeft bij besluit van 17 maart 2017 (wederom) geoordeeld dat sprake is geweest van een kartel door het maken van concurrentiebeperkende afspraken op het gebied van brandstof- en veiligheidsstoeslagen. Onder meer KLM heeft daarvoor boetes opgelegd gekregen. Tegen dit besluit is beroep ingesteld bij het Gerecht van de Europese Unie. De procedure is nog aanhangig. Stichting Cartel Compensation (SCC) heeft KLM in de tussentijd in rechte betrokken en daarbij een verklaring voor recht gevorderd dat KLM door de gemaakte kartelafspraken onrechtmatig heeft gehandeld jegens de afzenders van goederen die luchtvrachtdiensten hebben afgenomen, waarbij voorts wordt gevorderd dat KLM tot betaling van schadevergoeding wordt veroordeeld. De rechtbank heeft in een tussenvonnissen overwogen dat de vraag voorligt welk toepasselijk recht van toepassing is op de voornoemde schadevergoedingsvorderingen. De rechtbank heeft in dat verband prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld. De Hoge Raad heeft afgezien van beantwoording van de prejudiciële vragen omdat de rechtbank slechts veronderstellenderwijs ervan uit gaat dat sprake is van een wereldwijd kartel (ECLI:NL:HR:2018:345). Aangezien nog niet onherroepelijk vaststaat dat KLM in strijd met het mededingingsrecht heeft gehandeld en dat als gevolg daarvan schade is geleden, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat daardoor ook nog niet vaststaat dat een antwoord op de gestelde vragen nodig is om op de vorderingen van SCC te beslissen. Dit

is daarentegen wel vereist op basis van artikel 392 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

WERKGEVERS- AANSPRAKELIJKHEID

Verjaring

Een zeer onfortuinlijke werkneemster raakt tijdens haar werkzaamheden ten val en wordt daardoor arbeidsongeschikt. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de werkgever erkent daarop aansprakelijkheid en schakelt voor de afwikkeling van de schade een schaderegelingsbureau in. In het jarenlange onderhandelingstraject dat volgt, wordt de schade deels geregeld, maar uiteindelijk raken de onderhandelingen in het slop en ten langen leste vindt de werkneemster zich tot de rechter om haar schade volledig van haar (inmiddels ex-)werkgever vergoed te krijgen. Die beroept zich er echter op dat de vordering zou zijn verjaard en de kantonrechter en het hof honoreren het verjaringsberoep.

In cassatie klaagt de werkneemster erover dat het hof heeft miskend dat de handelingen van de schadeverzekeraar en het ingeschakelde schaderegelingsbureau voortbouwen op een eerdere erkenning van de aansprakelijkheid door de schadeverzekeraar namens de werkgever. Na de rechtsregel van artikel 3:318 BW te hebben aangehaald, merkt de Hoge Raad in zijn arrest van 26 januari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:108) op dat ook een vertegenwoordiger van de verjaring door erkenning kan stuiten. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat als een verzekeraar al niet op grond van de polisvoorwaarden bij de schadeafwikkeling als vertegenwoordiger van de verzekerde optreedt (behalve in geval van bijvoorbeeld andersluidende mededeling van verzekeraar of verzekerde) het uitgangspunt is dat de benadeelde op een dergelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid mag vertrouwen. Voor stuiting van de verjaring is naar het oordeel van de Hoge Raad dan ook voldoende dat de schadeverzekeraar erkent dat de

werkneemster aanspraak heeft op een hogere schadevergoeding dan reeds aan haar is betaald.

Beroepsziekten: mesotheliom

Verjaringskwesties zijn een berucht struikelblok in asbestzaken. In het arrest dat het Europese Hof heeft gewezen in de zaak-Howald Moor/Zwitserland (EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en nr. 41072/11, NJ 2016, 88), oordeelde het hof dat verjaring van een vordering waarvan vaststaat dat deze niet binnen de verjaringstermijn kon worden ingesteld in strijd is met artikel 6 lid 1 EVRM. Naar aanleiding daarvan heeft de Hoge Raad op 24 maart 2017 geoordeeld dat het Nederlandse stelsel in overeenstemming is met 6 lid 1 EVRM (ECLI: NL:HR:2017:494, HR 24 maart 2017, NJ 2017, 313). Naar de Hoge Raad heeft overwogen is de toegang tot de rechter voor mesotheliomslachtoffers voldoende gewaarborgd omdat zij ook na het verstrijken van de verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 2 BW een rechtsvordering ahangig kunnen maken. Slachtoffers kunnen zich bij een verjaringsberoep erop beroepen dat een dergelijk verjaringsberoep op grond van artikel 6:2 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bij een beroep op doorbreking van de verjaring behoudt de gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad in zijn arrest van 28 april 2000 (ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000, 430 (Van Hese/De Schelde)) heeft geformuleerd dus zijn waarde. In zijn uitvoerige conclusie voor dit arrest had advocaat-generaal Hartlief een lans gebroken voor verduidelijking en verbetering van de positie van mesotheliomslachtoffers door een meer omlinje en daardoor meer voorspelbare weg van de diverse gezichtspunten, maar zijn suggestie voor wijziging van het bestaande systeem vond geen gehoor bij de Hoge Raad. In een andere mesotheliomzaak waarover de Hoge Raad had te oordelen, was de omkeringsregel van ar-

tikel 7:658 lid 2 BW aan de orde. Deze omkeringsregel komt er in het kort op neer dat als de werknemer stelt, en zo nodig bewijst, dat hij de schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, het causaal verband tussen de werkzaamheden en die schade in beginsel moet worden aangenomen als de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden dergelijke schade lijdt. Voor toepassing van de omkeringsregel is wel nodig dat de werknemer niet alleen stelt dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk voor zijn gezondheid kunnen zijn, maar ook dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die daardoor kunnen zijn veroorzaakt. De omkeringsregel is niet van toepassing als het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is.

In cassatie klaagde de werknemer erover dat het hof de omkeringsregel van artikel 7:658 lid 2 BW zou hebben miskend omdat was komen vast te staan dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan asbest is blootgesteld, dat hij mesotheliom heeft ontwikkeld en dat ervan moet worden uitgegaan dat de werkgever zijn zorgplicht niet is nagekomen omdat mesotheliom slechts één oorzaak heeft en de ziekte dus door die blootstelling kan zijn ontstaan. In zijn arrest van 6 april 2018 (ECLI:NL:HR:2018:536) oordeelde de Hoge Raad dat ook in gevallen waarin sprake is van mesotheliom geldt dat het feit dat mesotheliom wordt veroorzaakt door blootstelling aan asbest niet meebrengt dat causaal verband tussen blootstelling aan asbest tijdens de werkzaamheden en de schade moet worden aangenomen. Dit omdat het verband tussen blootstelling en gezondheidsschade te onzeker of te onbepaald kan zijn wanneer de werknemer ook buiten deze werkzaamheden aan asbest

blootgesteld is geweest. De Hoge Raad overwoog daarbij dat in het licht van hetgeen algemeen bekend is over mesotheliom en haar oorzaak, betekenis toekomt aan de duur en de intensiteit van de blootstelling bij de aangesproken werkgever, de duur en intensiteit van eventuele andere blootstelling(en) aan asbest tijdens de latentieperiode en de verhouding tussen deze blootstellingen aan asbest.

Fout uitgeleende werknemer

Een door JMV ingeleende en aan BAM uitgeleende werktreinbegeleider had bij werkzaamheden aan het spoor de taak te controleren of de wissels in de juiste stand stonden. Tijdens nachtelijke werkzaamheden reed de werktreinbegeleider mee in de cabine van een werktrein. Samen met de twee machinisten oordeelde

de werktreinbegeleider vanuit de trein dat een wissel in de goede stand stond, waarna hij de machinisten opdracht gaf door te rijden. De wissel bleek echter niet goed te staan. Dat resulteerde in een aanmerkelijke schade aan het spoor van spoorbeheerder ProRail, voor wie BAM de werkzaamheden uitvoerde. De verzekeraar van BAM heeft de schade vergoed en heeft vervolgens op grond van artikel 6:170 lid 1 BW regres genomen op JMV. Die stelde zich op het standpunt dat de werktreinbegeleider geen fout heeft gemaakt bij de uitvoering van zijn werkzaamheden. Verder stelde JMV voorts dat niet zij, maar BAM leiding heeft gegeven aan de werktreinbegeleider. De zeggenschap lag volgens JMV dus bij BAM en als er al sprake zou zijn van een fout, zou die aan BAM moet worden toegerekend.

Nadat de verzekeraar van BAM bij de rechtbank bot had gevangen, oordeelde het hof in hoger beroep dat er wel sprake was van een fout van de werktreinbegeleider én dat JMV jegens BAM aansprakelijk was. In zijn arrest van 1 juli 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1345, NJ 2017, 467) verwierp de Hoge Raad de klachten dat het hof ten onrechte had aangenomen dat aan het ondergeschiktheidsvereiste is voldaan. Volgens de Hoge Raad is het in beginsel voldoende om de ondergeschiktheid, vereist voor de toepassing van artikel 6:170 lid 1 BW, aan te nemen als er zeggenschap bestaat bij de aansprakelijk gehouden partij over de vraag of en op welke momenten de persoon die onrechtmatig heeft gehandeld werkzaamheden voor een derde dient uit te voeren. De Hoge Raad heeft daarbij overwogen dat een ander oordeel zou



betekenen dat de benadeelde bekend zou moeten zijn met de afspraken die de verschillende mogelijke 'werkgevers' hebben gemaakt met betrekking tot instructiebevoegdheid van de ondergeschikte om te kunnen beoordelen wie op grond van artikel 6:170 BW aansprakelijk is, wat afbreuk zou doen aan de bescherming die artikel 6:170 lid 1 BW de benadeelde beoogt te bieden.

De Hoge Raad vernietigt het arrest echter omdat het hof zijn oordeel dat sprake was van een fout van de werkreinbegeleider onvoldoende had gemotiveerd. De Hoge Raad oordeelde dat een veroordelende uitspraak jegens de werkgever, bijvoorbeeld bij diens faillissement, grote gevolgen kan hebben voor de werknemer (en zijn reputatie). Daarom mag naar het oordeel van de Hoge Raad de rechter de onrechtmatigheid van het handelen van de werknemer niet anders beoordelen dan als de aansprakelijkheid van de werknemer zelf in het geding is bij een op artikel 6:170 BW gebaseerde procedure, waarin de werknemer zelf geen partij is.

OVERHEIDS-AANSPRAKELIJKHEID Strafrechtelijk optreden

De verhuurder van een bedrijfsruimte lijdt als gevolg van een politie-inval schade aan de pui van het verhuurde. Bij die inval wordt 325 kilogram heroïne aangetroffen en de huurder wordt daarvoor strafrechtelijk veroordeeld. De verhuurder spreekt de Staat voor de schade aan. De wijze waarop de politie is binnengetrepen heeft volgens de verhuurder disproportionele schade aan het verhuurde toegebracht. Bovendien valt die schade buiten het normale maatschappelijke risico en het normale bedrijfsrisico van verhuurder. De kantonrechter en het hof hebben de vordering van de verhuurder toegewezen. Daarop heeft de Staat in cassatie de vraag voorgelegd of de vergoedingsplicht van de Staat moet worden vermindert met eigen schuld (art. 6:101 lid 1 BW). Meer in het bijzonder: geldt in

dit soort zaken artikel 6:101 lid 2 BW – dat stelt dat als de schade is toegebracht aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht had, de omstandigheden die aan de derde kunnen worden toegerekend aan de benadeelde worden toegerekend?

Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie heeft de Hoge Raad geoordeeld (HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789) dat schade die bij rechtmatig strafvorderlijk optreden is veroorzaakt aan zaken van een ander dan de verdachte, niet tot het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van die ander hoort. De overheid is dus in beginsel gehouden is die schade te vergoeden. Op grond daarvan heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de toerekeningsregel van artikel 6:101 lid 2 BW zich niet met dat uitgangspunt verhoudt, omdat omstandigheden die aan de verdachte die de beschadigde zaak in zijn macht heeft zijn toe te rekenen dan toch voor rekening van de benadeelde zouden komen. De in de parlementaire geschiedenis van artikel 6:101 lid 2 BW genoemde strekking van deze regel (het mag voor de aansprakelijke geen verschil maken of de beschadigde zaak toebehoort aan degene die haar in zijn macht had of aan een ander) gaat naar het oordeel van de Hoge Raad dan ook niet op, evenmin als het in de wetsgeschiedenis genoemde argument dat artikel 6:101 lid 2 BW dient ter voorkoming van een onwenselijke opeenvolging van verhaalsacties (*'circuit d'actions'*).

Aansprakelijkheid toezichthouders

Bij een werknemer van Zalco werd maligne mesotheliom geconstateerd. Zalco heeft aansprakelijkheid erkend en zij heeft het salaris van de arbeidsongeschikte werknemer doorbetaald tot aan haar faillissement in december 2011. De werknemer heeft daarop de Staat (Arbeidsinspectie) in rechte aangesproken omdat hij als toezichthouder onvoldoende heeft

gedaan om controle uit te oefenen bij het gebruik van asbesthoudende materialen door Zalco en om nog onbekende overtredingen op te sporen. De rechtbank en het hof wijzen de vorderingen af en de werknemer komt vergeefs in cassatie. De Hoge Raad wijst erop dat de Arbeidsinspectie een grote beleids- en beoordelingsvrijheid heeft en dat de rechter terughoudend dient te zijn bij de toetsing of onvoldoende toezicht heeft plaatsgevonden. Sterker nog: in beginsel kan de rechter alleen toetsen of de Arbeidsinspectie in redelijkheid tot haar beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen in het licht van de haar bekende omstandigheden en het aan de orde zijnde risico. Van onvoldoende toezicht kan met name sprake zijn, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 2 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017, 372), indien de schade voor de werknemer in een concreet geval voor de Arbeidsinspectie voorzienbaar was en op grond waarvan maatregelen hadden moeten getroffen om die schade te voorkomen. Er moeten dan voldoende ernstige en concrete aanwijzingen bestaan om de overtreding en het risico op schade aan te nemen. De Hoge Raad oordeelde dat het niet plaatsvinden van toezicht of controle in gevallen waarin geen concrete aanwijzingen bestaan voor mogelijke overtredingen slechts in uitzonderlijke gevallen tot aansprakelijkheid kan leiden.

Civielrechtelijke toetsing van een onrechtmatig bestuursbesluit

De arbeidsovereenkomst van een werknemer van een drukkerij wordt na toestemming van het UWV opgezegd. De werknemer klaagt bij het UWV dat bij de beoordeling van de ontslagaanvraag ten onrechte geen rekening is gehouden met het door hem gevoerde verweer. De klacht van de werknemer wordt gegrond verklaard en ook een door hem bij de Nationale ombudsman ingediend-

de klacht wordt gehonoreerd. De werknemer spreekt daarop het UWV in rechte aan en het hof veroordeelt het UWV een schadevergoeding te betalen. Het UWV stelt cassatie in. Volgens het UWV heeft het hof miskend dat het causaal verband tussen een onrechtmatig bestuursbesluit en de schade moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf of ten tijde van het nemen van het bestuursbesluit een rechtmatig bestuursbesluit had kunnen worden genomen dat eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. Zou dat het geval zijn, dan zou het besluit geen schade hebben veroorzaakt, aldus het UWV. De Hoge Raad overweegt dat geen bezwaar en beroep in de ontslagprocedure bij het UWV openstaat, zodat de rechtmatigheid van het bestuursbesluit door de burgerlijke rechter dient te worden beoordeeld. In gevallen waarin het bestaan van causaal verband tussen een onrechtmatig besluit en schade niet afhankelijk is van een nieuw bestuursbesluit, dient het causaal verband te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf hoe het bestuursorgaan zou hebben beslist als het niet het onrechtmatige besluit had genomen. Er is geen grond om ingeval van een onrechtmatig bestuursbesluit anders te oordelen dan in andere situaties, waarin het causaal verband moet worden vastgesteld aan de hand van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven, zo oordeelt de Hoge Raad. De Hoge Raad verworpt bij arrest van 6 januari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:18) dan ook het cassatieberoep van het UWV.

Bestemmingsplan

De gemeente Borne verleent een vergunning voor de bouw van een huis met garage op een perceel dat de bestemming 'tuin' had. Jaren later wijzigde gemeente het bestemmingsplan waarbij de bestemming

van het perceel en een groot deel van de omgeving werd gewijzigd in bedrijventerrein. Jarenlange procedures volgen. In de hier besproken procedure vordert de eigenaar van het perceel onder meer een verklaring voor recht dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door zijn woning weg te bestemmen zonder hem daarvoor een volledige schadevergoeding te bieden en zijn eigendom en recht op wonen te herstellen. De rechtbank wijst de vorderingen deels toe en staat tussentijds hoger beroep toe. Het hof oordeelt daarna dat van 'wegbestemmen' geen sprake is omdat de woning binnen een zekere geluidsgrens van de spoorlijn Almelo-Enschede ligt en bovendien omdat de woning niet op de aangegeven plek was gebouwd, maar op een plek die als tuin was bestemd, waardoor de gemeente geen mogelijkheid had de woning positief te bestemmen en dan ook geen voorziening trof. De Hoge Raad maakt bij arrest van 6 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2563) korte metten met de uitspraak van het hof. Onder verwijzing naar de uitspraken die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State constateert de Hoge Raad dat de woning geacht moet worden rechtmatig aanwezig te zijn en dat die woning dan ook deel uitmaakte van het oude planologisch regime. Op grond van de parlementaire geschiedenis oordeelt de Hoge Raad dat van wegbestemmen sprake is als bestaand legaal gebruik niet positief kan worden bestemd.

BEROEPS-AANSPRAKELIJKHEID Derdenwerking van een beroepsfout

In beginsel werken verplichtingen die door een contract tussen partijen in het leven worden geroepen alleen tussen die betrokken partijen. Dit is een uitvloeisel van het beginsel van contractsvrijheid. Sinds het Vleesmeesters/Alog-arrest uit 2004 weten we dat een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van

een contractuele verplichting ook een schadevergoedingsverplichting jegens een derde kan opleveren als de omstandigheden van het geval hiertoe aanleiding geven (HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, NJ 2017, 364). Is dit ook zo wanneer een advocaat een beroepsfout maakt in de advisering van een commanditaire vennootschap (cv), waardoor een commanditaire vennoot schade in zijn privévermogen lijdt? Over deze vraag heeft de Hoge Raad zich op 22 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2444) uitgesproken. De casus die aan dit arrest ten grondslag ligt, is als volgt.

Een cv was opgericht ten behoeve van een belegging in een onroerend-goedproject (op initiatief van EAI en EAIG). De cv bestond uit één beheerend vennoot en 49 commanditaire vennoten die als participanten in het project deelnamen. Het bouwplan voor het project bleek in strijd te zijn met het bestemmingsplan, waardoor de bouwvergunning door de gemeente werd herroepen. De cv schakelde een advocaat in, die adviseerde niet de aandacht te vestigen op de fout in het prospectus, maar zich in te spannen om de waarde van de grond en de profijtelijkheid van de investering te herstellen. Dit advies diende het belang van de cv. Uiteindelijk gaan EAI en EAIG failliet en omdat de advocaat heeft nagelaten de vennootschappen aansprakelijk te stellen voor de fout in het prospectus, zijn de commanditaire vennoten hun gehele inleg kwijtgeraakt. De Stichting Participanten, die de belangen van een aantal commanditaire vennoten behartigt, stelt dat de advocaat onrechtmatig heeft gehandeld en dat zij de schade die hieruit voortvloeit van ruim 7.000.000 euro dient te vergoeden.

De rechtbank en het hof wijzen de vordering af omdat de advocaat jegens de cv – de contractuele wederpartij – niet is tekortgeschoten. De Hoge Raad ziet dit anders en oordeelt dat een advocaat bij de advisering van een cv zich dient te richten naar

Tjeerd liet ze penkies in de houtwol vallen.
Is dat bedrijfsgerelateerd?



het (gezamenlijke) belang van de vennoten. Wanneer, zoals in dit geval, het belang van de cv en dat van de commanditaire vennoten niet overeenstemmen, dient de advocaat hierop te wijzen en hieromtrent te adviseren. Indien hij dit nalaat, levert dat in dit geval een beroepsfout op, maar kan het – onder omstandigheden – meebrengen dat hij de zaak moet neerleggen. De vraag is voorts of de beroepsfout ook een schadevergoedingsverplichting jegens de commanditaire vennoten oplevert. Hierover oordeelt de Hoge Raad – onder de uitdrukkelijke verwijzing naar het Vleesmeesters/Alog-arrest – dat het hof uit het oog heeft verloren dat de participanten niet kunnen worden aangemerkt als (willekeurige) derden ten opzichte van de cv. Dus, gegeven het feit dat de belangen van de participanten nauw betrokken waren bij (het belang van) de cv, diende de advocaat van de cv mede op hun belangen acht te slaan. Een tekortkoming in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst levert jegens de cv in beginsel tevens

een onrechtmatige daad op jegens de participanten. Wat betreft het gedrag van een notaris dat schade berokkent aan een derde is het leerstuk van de derdenwerking van een beroepsfout bij notarissen verder uitgekristalliseerd dan dat bij advocaten het geval is. In het Novitaris-arrest van 2014 heeft de Hoge Raad de algemene norm neergelegd, voortbouwend op eerdere rechtspraak en hetgeen is bepaald in artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt (Wna). De algemene norm schrijft voor dat op een notaris bij het bestaan van botsende rechten ter zake van een goed van zijn cliënt respectievelijk een derde een plicht rust om bij gereide twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt de dienst te weigeren of zo nodig nader onderzoek te verrichten om zich te laten overtuigen van het geoorloofde karakter ervan. Schending daarvan kan een schadevergoedingsplicht van de betrokken notaris jegens de gelaedeerde derde opleveren. In een zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 10 november

2017 (ECLI:NL:HR:2017:2850) deed een vader gedurende enkele jaren op papier schenkingen aan zijn vier kinderen. Later ontferde hij een hypotheek ten behoeve van de andere twee kinderen. Na het overlijden van de vader konden de vorderingen die de ontferde kinderen uit hoofde van de schenkingsovereenkomsten hadden niet uit de nalatenschap worden voldaan. Eén van hen stelde zich in hoger beroep op het standpunt dat de betrokken notaris, indachtig het Novitaris-arrest, onrechtmatig jegens hem had gehandeld door mee te werken aan de hypotheekakte. Het hof oordeelde de overeenkomstig en veroordeelde de notaris wegens onrechtmatige daad jegens de zoon, waarbij het de in het Novitaris-arrest vervatte maatstaven tot richtsnoer heeft genomen. De Hoge Raad oordeelde in het door de notaris ingestelde cassatieberoep dat het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting had gegeven en liet de beroepen uitspraak in stand.

Professionaliteitsnorm voor vastgoedspecialisten

Een advocaat van een kantoor dat zich onder meer toelegt op het vastgoedrecht adviseerde zijn cliënt bij de aankoop van een bedrijventerrein. Van het terrein was bekend dat er mogelijke bodemverontreiniging speelde. De cliënt had zijn advocaat gemeld dat hij niet zat te wachten op een aankoop met 'open eindjes' of 'een tijdbom', met oog op het doorverkopen van het terrein. Kort na verstrekking van de opdracht aan de advocaat waren, in opdracht van de overheid, op het terrein bodemsaneringswerkzaamheden verricht. In het verband daarmee had ingenieursbureau Oranjewoud een rapport opgesteld. Uiteindelijk bleek dat na aankoop nog sprake was van substantiële verontreiniging van de bodem. Het gedeelte dat in opdracht van de overheid was gesaneerd, was slechts marginaal. De cliënt stelde zich vervolgens op het standpunt dat zijn advocaat hem onvoldoende indringend heeft gewezen op het risico van restverontreiniging. Het hof oordeelde dat de advocaat was tekortgeschoten in zijn advisering. Van belang was dat uit het rapport van Oranjewoud al bleek dat de bodem zwaar verontreinigd was. Het lag dan op de weg van een rede-

lijk handelend en redelijk bekwaam advocaat (professionaliteitsnorm) om ook zonder expliciet daartoe strekkende opdracht ervoor zorg te dragen dat hij zich op grond van de beschikbare stukken een beeld zou vormen van de afloop van de sanering in opdracht van de overheid, om zijn cliënt zo volledig mogelijk over het risico van restverontreiniging te adviseren. De advocaat had nog aangevoerd dat hij niet over het rapport beschikte. Het hof ging aan deze stelling voorbij, omdat de advocaat niet tevens aanvoerde dat hij ook niet over dat rapport kon beschikken, althans mocht beschikken. Sterker nog, het lag naar het oordeel van het hof op de weg van de advocaat om het rapport, waarvan hij mocht aannemen dat het bestond, bij de overheid op te vragen en vervolgens op zijn minst van de hoofdlijnen daarvan kennis te nemen. Het hof nam bij die conclusie een betrekkelijk hoge professionaliteitsnorm voor vastgoedspecialisten in acht. Plaatsvervangend procureur-generaal Langemeijer achtte dit oordeel te billijken, maar merkte wel op dat het lastig is een rapport op te vragen waarvan je niet weet of het bestaat.

De Hoge Raad kwam in zijn arrest van 22 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3260) tot een andersluidend oordeel. Met verwijzing naar eerdere jurisprudentie oordeelde de Hoge Raad dat, gegeven het feit dat cliënt wél en de advocaat niet over het rapport beschikte, niet zonder nadere toelichting valt in te zien dat de advocaat nog onderzoek had moeten instellen naar de omvang van de verontreiniging die na de sanering resteerde.

Tuchtrechtelijk oordeel

Vaste jurisprudentie van de Hoge Raad laat zien dat een veroordelende tuchtrechtelijke uitspraak, waarin is vervat dat de beroepsbeoefenaar in strijd heeft gehandeld met de beroepsnormen en beroepsregels, niet zonder meer impliceert dat de betrokken beroepsbeoefenaar ook tekort is geschoten in de opdracht-overeenkomst, althans dat hij onrechtmatig heeft gehandeld en daarmee civielrechtelijk aansprakelijk is. Een rechter kan dus niet volstaan met een verwijzing naar de tuchtrechtelijke uitspraak voor de vaststelling dat sprake is van onrechtmatig gedrag of een tekortkoming. Op het moment dat een rechter in een civielrechtelijke procedure afwijkt van een veroordelende tuchtrechtelijke uitspraak rust op hem een bijzondere motiveringsplicht. Dat heeft de Hoge Raad



in 2002 al uitgemaakt voor gevallen waarin het medisch handelen van de arts ter discussie staat. In zijn arrest van 22 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2452), dat gaat over het handelen van een accountant, gaat de Hoge Raad nog een stap verder. Niet alleen voor medisch handelen, maar voor elk handelen dat aan een tuchtrechtelijke toetsing onderhevig is geweest, geldt dat het oordeel van een rechter dat afwijkt van het eerdere tuchtrechtelijk oordeel óók in het licht van dat tuchtrechtelijk oordeel voldoende begrijpelijk moet zijn.

Kansschade bij medische nalatigheid

Een patiënte is op 12 januari 2002 om 18.55 uur in het Academisch Ziekenhuis Maastricht (AZM) onderzocht door een arts-assistent als gevolg van een acute hernia. Vervolgens werd de patiënte naar huis gebracht. De dag erna had zij last van uitvalsverschijnselen. Zij werd weer naar het AZM gebracht en daar onderzocht. Er werd een zogenaamd caudasyndroom (een beknelling van een aantal zenuwwortels in de onderrug) geconstateerd, waarna de patiënte met spoed werd geopereerd. De operatie vond om 20.00 uur plaats en na de operatie bleven de uitvalsverschijnselen bestaan. De patiënte stelde het ziekenhuis aansprakelijk. In eerste aanleg werd een deskundige aangesteld om de kans op een beter behandelresultaat vast te stellen, als de vertraging (het delay) niet had voorgevallen. Ondanks dat de deskundige aangaf dat de kans op een beter behandelresultaat zich niet in een percentage laat uitdrukken, kwam de rechtbank tot het oordeel dat het AZM voor zeventig procent aansprakelijk was.

Het hof vernietigde de vonnissen van de rechtbank en wees de vordering van de patiënte af. Het hof oordeelde dat het causaal verband tussen de fout en het delay voldoende aannemelijk was geworden, maar voor het aannemen van het causaal verband tussen het delay en de schade onvoldoende objectieve aanknopingspunten voorhanden waren.

De klacht dat dit oordeel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd, slaagt in cassatie (HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786). De Hoge Raad overwoog dat uit het feit dat een deskundige een kans niet in een percentage kan uitdrukken, omdat naar de grootte van die kans geen onderzoek is gedaan, niet volgt dat die kans niet in een rechtens relevante omvang bestaat. Het hof had – nu de deskundige geen kanspercentage kon noemen maar zijn antwoorden niet uitsluiten dat van het verlies van een reële kans sprake kan zijn geweest – nader moeten onderzoeken of door het delay een reële kans op een betere uitkomst verloren is gegaan, en het had – bij bevestigende beantwoording van die vraag – vervolgens tot een zo goed mogelijke schatting van deze kans moeten komen. Het hof had bijvoorbeeld de deskundige ter zitting nader kunnen bevragen.

OPSTALAANSPRAKELIJKHEID

In een bedrijfsloods ontstond brand. Planet c.s. huurden een unit in de loods en zij leden schade als gevolg van de brand. Zij hadden hiervoor de eigenaar (A) van de bedrijfsloods respectievelijk een andere huurder (B) van een unit hoofdelijk aangesproken, stellende dat de desbetreffende unit die door B werd gehuurd een gebrekkig opstal was. Als onderbou-

wing voerden zij aan dat de brand was ontstaan in de accuruimte van een vrachtwagen waarvan het kenteken op A was gesteld en die zich bij het uitbreken van de brand bevond in de unit die door B werd gehuurd. De brand in de units van Planet c.s. zou derhalve het gevolg zijn geweest van de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen in de desbetreffende unit. De rechtbank achtte A en B aansprakelijk. In hoger beroep was vast komen te staan dat de brand het gevolg was geweest van de kortsluiting in de accuruimte van de vrachtwagen en niet van de bedrijfsmatige activiteiten van B. Het hof wees daarop alleen de vordering die gericht was tegen A toe. In cassatie (HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3016) resteerde de vraag of de aansprakelijkheid van B strandde op de ‘tenzij-bepaling’ van artikel 6:181 lid 1 BW. Ingevolge die bepaling bestaat geen aansprakelijkheid van degene die de opstal gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, als *het ontstaan* van de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in verband staat. Het voorgaande klemmt omdat nader onderzoek aan het licht bracht dat de brand was veroorzaakt door een gebrek aan brandwerende maatregelen die B wel had moeten nemen gelet op de bedrijfsactiviteiten die zij in de unit ontplooiden. Gelet op de strekking van artikel 6:181 BW zou dat een situatie kunnen opleveren die leidt tot aansprakelijkheid van B. De Hoge Raad heeft daarom zijn eerdere rechtsregel (HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9757) gepreciseerd: thans geldt dat voor uitsluiting van aansprakelijkheid van degene die in de opstal een bedrijf uitoefent, nodig en toereikend is dat tussen *het bestaan of ontstaan* van het gebrek en de bedrijfsuitoefening geen verband bestaat.

NOTEN

- 1 W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- 2 D.A. Pronk, ‘Dekkingssystematiek; de primaire dekkingsomschrijving nader gedefinieerd’, *NTHR* 2017, 6, p. 349