

matigingsbevoegdheid terughoudend moet worden omgesprongen. Hij schetst in r.o. 3.4.1 van deze uitspraak de maatstaf als volgt:

‘3.4.1 De in art. 6:94 BW opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts grond kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.’ (r.o. 5.3)

In cassatie klaagt Protec zoals gezegd zowel over de motivering van de bevoegdheid tot matiging als over hoogte daarvan. Advocaat-generaal Hartlief is kritisch over de motivering van het hof, de Hoge Raad meent dat zij niet tot cassatie kan leiden.

Ten aanzien van de bevoegdheid tot matigen concludeert advocaat-generaal Hartlief dat het hof geen inzicht geeft in hoe de verschillende omstandigheden zich dan tot elkaar verhouden (sub 4.5 conclusie A-G Hartlief). Een hof zou niet moeten kunnen volstaan met het enkel noemen van omstandigheden. De Hoge Raad denkt daar anders over. Hij herhaalt met goedkeuring de weging van de omstandigheden van het hof (r.o. 3.4.2) en overweegt dat het hof de tot terughoudendheid nopende maatstaf niet heeft miskend (r.o. 3.4.2). Aangezien de weging dusdanig met de feiten is verweven kan het oordeel van het hof op dit punt niet verder in cassatie worden getoetst (r.o. 3.4.3).

Ten aanzien van de hoogte van de matiging meent advocaat-generaal Hartlief dat het hof onvoldoende gemotiveerd inzicht geeft in waarom de omstandigheden meebrengen dat een boete van € 21.150 niet meer klaarblijkelijk onbillijk is (sub 4.8 conclusie A-G Hartlief). De hoogte van de matiging is weliswaar aan de feitenrechter overgelaten, maar van hem kan wel worden verlangd dat hij een controleerbare gedachtegang aan zijn oordeel ten grondslag legt (sub. 4.9 conclusie A-G Hartlief). Ook dat oordeel deelt de Hoge Raad niet. Het hof heeft aangegeven dat de schade slechts € 5.906,25 bedroeg en dat een bedrag van € 21.150 de aansporingsfunctie niet miskent. Daarmee heeft het zijn oordeel met voldoende redenen omkleed. Zeker nu dit zo met feitelijke oordelen verweven is, kan ook de hierop ziende klacht niet tot cassatie leiden (r.o. 3.5.2).

Zo wijkt de Hoge Raad dus op beide punten af van het advies van zijn advocaat-generaal. Daarmee lijkt een lagere rechter zijn uitspraak dus volledig ‘cassatieproof’ te kunnen maken door omstandigheden te noemen op grond waarvan hij matigt. Ten aanzien van de matigingsbevoegdheid kan hij volstaan met het noemen van omstandigheden en de melding dat ze meegewogen zijn. Ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van de matiging kan hij volstaan met de overweging dat dit bedrag nog wel aanspoort tot nakoming. Met name dat laatste punt kan gaan wringen.

Advocaat-generaal Hartlief wijst er terecht op dat de rechter de boete niet mag matigen tot een bedrag dat hij redelijk vindt, maar slechts tot dat bedrag dat niet

meer klaarblijkelijk onbillijk is (sub 4.8-4.9 conclusie A-G Hartlief). Als de rechter een bevoegdheid ontleent aan een bepaalde omstandigheid (hier: het laten betalen van de volledige boete is *klaarblijkelijk onbillijk*), dan kan het niet zo zijn dat hij die bevoegdheid gebruikt om een resultaat te bereiken dat verder gaat dan dat (bijvoorbeeld: de gematigde boete is *billijk*). De contractsvrijheid en de rechtszekerheid eisen dat de rechter niet zijn beeld van een redelijk beding in plaats stelt van het daadwerkelijke beding. Maar hoe kunnen partijen dat controleren als er geen expliciete motivering aan ten grondslag ligt? Krijgt de lagere rechter op deze manier niet een al te grote discretionaire bevoegdheid? Het zou lagere rechters sieren als zij op eigen initiatief zowel de bevoegdheid als de hoogte blijven motiveren; voor zover de Hoge Raad er niet om vraagt doen de contractsvrijheid en rechtszekerheid dat wel.

## Literatuur

- M.J.E. Van den Bergh, ‘Uitsluiten van ontbinding en vernietiging in overnamecontracten’, *Contracteren* 2018, afl. 1;
- A.W. Dolphijn, ‘Het eenzijdig wijzigingsbeding in de franchiseovereenkomst’, *Contracteren* 2018, afl. 1;
- J.M. van Dunné, “Normatieve uitleg” algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte? (I)’, *WPNR* 2018, afl. 7184;
- J.M. van Dunné, “Normatieve uitleg” algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte? (II, slot)’, *WPNR* 2018, afl. 7185;
- M. de Koning & H.H. de Vries, ‘Wat is de impact van de Algemene Verordening Gegevensbescherming van de EU op internationale franchiseovereenkomsten?’, *Contracteren* 2018, afl. 1;
- A.I.M. van Mierlo, ‘Handelingsonbevoegdheid; de reikwijdte van art. 3:43 BW?’, *WPNR* 2018, afl. 7188;
- J.H.M. Spanjaard, ‘Verwacht altijd het onverwachte’, *Contracteren* 2018, afl. 1;
- M.H. Wissink, ‘Vernietiging en verjaring: wanneer is een beroep op een vernietigingsgrond “aanvallend” of “verwerend”?’, *Tijdschrift voor Huurrecht* 2018, afl. 2.

## GOEDERENRECHT

### Mr. P.L.F. Ribbers

### Jurisprudentie

*HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, RvdW 2018/126, NJB 2018/212, AR 2018/115 en HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:12, RvdW 2018/127, NJB 2018/213, JIN 2018/35, RN 2018/13; eigendom van twee transformatoren ex artikel 5:20 lid 2 BW; vestiging van een opstalrecht ex artikel 5:101 BW met betrekking tot deze transformatoren; artikel 5:21 BW; begripsomschrijving ‘net’ artikel 1, lid 1 onder i Elektriciteitswet*

Op 5 januari 2018 wijst de Hoge Raad twee arresten tussen dezelfde partijen. Goederenrechtelijk twistpunt houdt verband met de vraag wie eigenaar is van een tweetal transformatoren. De twee transformatoren bevinden zich op een bedrijventerrein in Dordrecht. De grond van dit bedrijventerrein behoort in eigendom toe aan chemiebedrijf Chemours. De transformatoren zijn een kleine vijftig jaar geleden geplaatst door de gemeente Dordrecht toen de gemeente nog zorgdroeg voor de distributie van elektriciteit. Destijds hebben de gemeente en Chemours een leveringscontract gesloten waarin onder meer was bepaald dat de transformatoren eigendom van de gemeente zouden blijven en dat de gemeente de transformatoren zou onderhouden. Vandaag de dag is niet langer de gemeente distributeur van elektriciteit in Dordrecht, maar Eneco. Stedin beheert het (openbare) elektriciteits- en gasnet in Dordrecht.

Stedin voert elektriciteit met een bepaalde spanning aan naar het bedrijventerrein van Chemours. In voornoemde twee transformatoren wordt de spanning van de elektriciteit verlaagd, waarna de elektriciteit verder wordt vervoerd – over twee railsystemen – naar een zgn. ‘Power Purchase Station’ (hierna: PPS). Vanuit het PPS wordt de elektriciteit getransporteerd naar Chemours en een ander bedrijf. In 1997 heeft Chemours de commanditaire vennootschap Desco opgericht; enerzijds met het doel om in een warmtekrachtcentrale elektriciteit op te wekken, anderzijds om zorg te dragen voor de distributie van elektriciteit. Chemours heeft Desco een opstalrecht verleend op basis waarvan het PPS, de warmtekrachtcentrale en de daartussen gelegen leidingen in eigendom zijn gaan toebehoren aan Desco.

In 2009 ontstaat een geschil tussen Chemours en Stedin. Stedin heeft Chemours (onder meer) het zgn. ‘systeemdienstentariaf’ in rekening gebracht. Volgens Stedin is Chemours dit tarief verschuldigd, omdat Chemours een aansluiting heeft op het door Stedin beheerde (openbare) elektriciteitsnet en elektriciteit van haar afneemt. Chemours betwist dat zij het systeemdienstentariaf verschuldigd is, omdat niet zij, maar Desco een aansluiting op het openbare net heeft en deze de elektriciteit afneemt via haar – achter de aansluiting gelegen – net (r.o. 3.3.1, ECLI:NL:HR:2018:1). Voor de beantwoording van de vraag wie gelijk heeft, is de vraag tot welk elektriciteitsnet de twee transformatoren behoren relevant: tot het openbare elektriciteitsnet van Stedin of tot een ‘zelfstandig’ elektriciteitsnet (vgl. r.o. 3.5.1, ECLI:NL:HR:2018:12)?

Partijen besluiten deze vraag (uiteindelijk) niet voor te leggen aan de rechter, maar gaan over tot het sluiten van een drietal overeenkomsten. De eerste overeenkomst ziet op de verhuur van de twee transformatoren door Stedin aan Chemours. Met deze overeenkomst verbindt Chemours zich daarnaast tot medewerking aan de vestiging van een opstalrecht voor Stedin met betrekking tot de transformatoren. De tweede overeenkomst ziet op aansluiting op het door Stedin beheerde (openbare) elektriciteitsnet en op levering door Stedin van elektriciteit. De derde overeenkomst is een vaststellingsovereenkomst waarin

onder meer is bepaald dat Chemours en Desco niet langer het eigendomsrecht van Stedin op de twee transformatoren betwisten. Ook is hierin vastgelegd dat Chemours en Desco ‘op het eerste verzoek’ zullen meewerken aan het vestigen van een zakelijk recht op de transformatoren.

Onder verwijzing naar de vaststellingsovereenkomst doet Stedin in november 2013 een beroep op de Rechtbank Rotterdam. Stedin vraagt de rechtbank Chemours te veroordelen tot het meewerken aan de vestiging van een opstalrecht met betrekking tot de twee transformatoren. De rechtbank wijst de vordering van Stedin toe. Chemours stelt vervolgens – tevergeefs – hoger beroep in tegen het vonnis van de rechtbank. Kort samengevat, overweegt het Hof Den Haag – in een tweetal arresten – dat Stedin op grond van de vaststellingsovereenkomst eigenaar is geworden van de twee transformatoren. Daarnaast zijn de transformatoren geen bestanddeel geworden van een net van kabels en leidingen als bedoeld in artikel 5:20 lid 2 BW. Nu de begripsomschrijving van het woord ‘net’ in artikel 1, lid 1 onder i Ew slechts van toepassing is binnen de reikwijdte van de Ew zijn de tussen partijen gesloten overeenkomsten, ‘voor zover zij ertoe strekken de eigendom van de transformatoren vast te leggen’, niet in strijd met de Ew, aldus het hof (ECLI:NL:GHDHA:2016:827 en ECLI:NL:GHDHA:2016:828). Met diverse (cassatie) klachten komt Chemours tegen voornoemde oordelen van het hof op.

In het eerste arrest (ECLI:NL:HR:2018:1) buigt de Hoge Raad zich over de vraag of de tussen partijen gesloten (drie) overeenkomsten geldig zijn. De Hoge Raad overweegt dat Chemours ‘terecht’ betoogt dat de Ew van belang is voor het antwoord op de vraag wie eigenaar is van de transformatoren. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 5:20 lid 2 BW volgt immers dat ‘de vraag wat behoort tot een net waarvan een definitie in een bijzondere wet is opgenomen, dient te worden beantwoord aan de hand van die definitie in die bijzondere wet’ (r.o. 3.5.2). Uit de begripsomschrijving van het woord ‘net’ in artikel 1, lid 1 onder i Ew kan worden afgeleid dat transformatoren behoren tot een net onder het regime van de Ew. Toch kan de klacht van Chemours niet tot cassatie leiden. Zij heeft namelijk geen klachten gericht tegen de rechtsoverwegingen van het arrest van het hof waarin wordt overwogen dat de verhuur- en aansluitovereenkomst niet in strijd zijn met de wet (r.o. 3.6.2). Deze overwegingen zijn in cassatie dan ook ‘onvoldoende’ bestreden. Nu Chemours ook geen afzonderlijke gronden heeft aangevoerd voor haar stelling dat de vaststellingsovereenkomst in strijd is met de wet (r.o. 3.6.3), verwerpt de Hoge Raad – in navolging van A-G Wuisman (ECLI:NL:PHR:2017:1204) – haar (principale) beroep.

In het tweede arrest (ECLI:NL:HR:2018:12) buigt de Hoge Raad zich over de vraag of Stedin een opstalrecht kan vestigen met betrekking tot de twee transformatoren. Onder verwijzing naar zijn eerste arrest (waarin is overwogen dat het beroep van Chemours op nietigheid van de drie overeenkomsten faalt), overweegt de Hoge Raad dat vast staat dat Chemours jegens Stedin verplicht

is tot medewerking aan de vestiging van het opstalrecht (r.o. 3.5.3). In dit verband is niet van belang welke partij – Stedin, Desco of Chemours – dient te worden aangemerkt als de (huidige) eigenaar van de transformatoren (r.o. 3.5.4). Nu de transformatoren zich op grond bevinden die aan Chemours in eigendom toebehoort, heeft Chemours ten aanzien van deze grond het gebruiksrecht zoals bedoeld in artikel 5:21 BW. Om het ‘in beginsel exclusieve gebruiksrecht’ van Chemours te kunnen doorbreken, heeft Stedin dan ook belang bij de vestiging van het toegezegde opstalrecht (r.o. 3.5.4).

Eenzelfde conclusie volgt wanneer Stedin eigenaar van de transformatoren zou zijn, aldus de Hoge Raad onder verwijzing naar HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, NJ 2014/522. Zelfs indien de transformatoren (nog) in eigendom zouden toebehoren aan Desco is een vestiging van een opstalrecht mogelijk. De Hoge Raad overweegt dat artikel 5:101 BW niet uitsluit ‘dat een opstalrecht wordt gevestigd met het oog op zaken die de opstalhouder nog zal verkrijgen’. Indien de transformatoren deel uitmaken van het net van Desco zou de verkrijging ervan door Stedin immers kunnen plaatsvinden door middel van een ‘afzonderlijk’ – door Desco – te vestigen recht van opstal op het net ‘ter zake van’ de transformatoren (r.o. 3.5.4). Bovenstaande drie (motiverings)wegen leiden tot hetzelfde eindoordeel: Stedin heeft belang bij de vestiging van een opstalrecht door Chemours. De Hoge Raad verwerpt vervolgens, anders dan A-G Wuisman (ECLI:NL:PHR:2017:1205), het beroep van Chemours en veroordeelt haar in de kosten van het geding.

### Literatuur

- R. Bloemink, ‘Zekerheidsrechten vanuit rechtseconomisch perspectief’, *MvV* 2018, afl. 2;
- T.S.M. Fraai & T.F.M. Wijgergans, ‘Het nut en de noodzaak van het vestigen van een recht op opstal bij verhuurde roerende zaken’, *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2018, afl. 1;
- S. Gereigat, ‘Eigendom op bitcoins’, *Rechtskundig Weekblad* 2018, afl. 27;
- R. Gonzalez Nicolas, ‘Verduistering en diefstal in het kader van art. 3:86 lid 3 BW. Gelijke monniken, gelijke kappen?’, *WPNR* 2018, afl. 7177;
- J.J. van Hees, ‘De onzekere hypotheekhouder’, *WPNR* 2018, afl. 7180.

## ONRECHTMATIGE DAAD EN SCHADEVERGOEDING

### Mr. L. Kremers

### Wetgeving

- Brief van minister van EZ d.d. 31 januari 2018 over schadeprotocol Groningen, *Kamerstukken II* 2017/18, 33529, 423;

- Brief van minister van EZ d.d. 9 maart 2018 over Schadefonds mijnbouwschade Groningen, *Kamerstukken II* 2017/18, 33529, 455.

### Jurisprudentie

*HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:108, RvdW 2018/186, AR 2018/477, NJB 2018/309, JAR 2018/53; Stuiting van verjaring aansprakelijkheid door een vertegenwoordiger door middel van de erkenning dat de benadeelde aanspraak heeft op een hogere vergoeding dan reeds is betaald*

Centraal in de onderhavige zaak staat de vraag of het voldoende is om de lopende verjaring te stuiten op grond van artikel 3:318 BW, wanneer de verzekeraar rechtsgeldig namens de verzekerde de aansprakelijkheid heeft erkend, waarbij de erkenning eruit bestond dat de benadeelde aanspraak zou hebben op een hogere schadevergoeding dan reeds is betaald. Voor erkenning van aansprakelijkheid geldt dat dit in beginsel wordt gedaan door de schuldenaar. Door de Hoge Raad is eerder beslist dat ook een vertegenwoordiger de verjaring kan stuiten door erkenning (Hoge Raad, 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9243, NJ 2003/212).

De feiten die aanleiding hebben gegeven tot onderhavige zaak zijn als volgt. Eiser in deze zaak, bedrijfsleider M., was in dienst bij verweerder, autobedrijf Mengelers Toyota Sittard B.V. (hierna: Mengelers). In 1998 is M. in de wasstraat van Mengelers uitgegleden en daarbij arbeidsongeschikt geraakt en is het dienstverband tussen M. en Mengelers beëindigd. Mengelers’ verzekeraar Bovemij heeft aansprakelijkheid erkend en heeft schadeafwikkelaar Cunningham ingeschakeld. Vervolgens is een deel van de schade afgewikkeld tot 2004, en voor ‘te lijden schade’ tot juli 2008 zijn voorschotten betaald. Vervolgens is de afwikkeling van de schade tot stilstand gekomen.

Op 14 november 2012 oordeelde de kantonrechter te Maastricht dat Mengelers een beroep op verjaring toekwam op grond van artikel 3:310 lid 1 BW. Volgens de kantonrechter is op 14 oktober 2002 aansprakelijkheid door Bovemij erkend, en daarmee is de lopende verjaringstermijn toentertijd gestuit en is een nieuwe termijn gaan lopen. Deze is vervolgens op 14 oktober 2007 verjaard, ondanks tussentijdse onderhandelingen. Het Hof Den Bosch oordeelde dat de erkenning van de aansprakelijkheid door Bovemij niet op 14 oktober 2002 heeft plaatsgevonden, maar op 8 november 2001. Voorts is de verjaringstermijn verstreken op 8 november 2006; de partijen waren niet meer in onderhandeling. Het hof heeft daarbij in aanmerking genomen dat Bovemij na de erkenning van de aansprakelijkheid zich slechts bezighield met de afwikkeling van de schade. Zodoende kon M. daaruit niet redelijkerwijs begrijpen dat Bovemij en schadeafwikkelaar Cunningham daarmee tevens steeds (opnieuw) aansprakelijkheid namens Mengelers erkenden, en Mengelers hoefde ook niet te verwachten dat M. dit aldus zo zou begrijpen. Het hof heeft dan ook bij arrest van 7 juni 2016 het vonnis van