

PRIVAATRECHT**BURGERLIJK RECHT**

AAK20198779

Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden

ALGEMEEN

- M.W. Knigge, W.H. van Boom & J.W. de Keijser, ‘Minder gezichtspunten, betere sturing? Over de gevolgen van de beperking van het aantal gezichtspunten op juridische oordeelsvorming’, *NTBR* 2018/37, p. 270-279;
- T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Platformen als uitdaging voor het privaatrecht’, *WPNR* 2018, afl. 7214, p. 835-841;
- R. Mellenbergh & E.A. Zonnenberg-Mellenbergh, ‘Bedrijfsgeheimen in vermogensrechtelijk perspectief’, *WPNR* 2018, afl. 7213, p. 811-819.

CONTRACTENRECHT

Mr. L. Kremers

Jurisprudentie

HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2297, NJB 2019/8; RvdW 2019/42; NJ 2019/19; uitleg van de inhoud van een abstracte bankgarantie; groot gewicht toegekend aan de (strikt te lezen) bewoordingen van de garantie; fatale karakter betalingstermijnen

Onderneming Rollocate B.V. (verweerster in cassatie) heeft in opdracht van Ballast Nedam de levering en plaatsing van gevels voor het project Hilton Hotel te Schiphol gerealiseerd. De gevelelementen heeft Rollocate voor een bedrag van ruim € 3 miljoen gekocht bij Polux B.V. Omdat Polux de gevelelementen niet kon voorfinancieren, is tussen Rollocate en Polux afgesproken dat Rollocate vooruit zou betalen en dat Polux tot zekerheid bankgaranties zou verstrekken. Polux heeft ten gunste van Rollocate door de Rabobank (eiseres in cassatie) twee bankgaranties laten verstrekken. Op 22 januari 2013 is door Rabobank de eerste bankgarantie verstrekt. Rollocate heeft het genoemde bedrag in de eerste bankgarantie volledig aan Polux voldaan. Op 25 februari 2013 is door Rabobank een tweede bankgarantie verstrekt. Deze bankgarantie is gesteld onder de opschortende voorwaarde dat Rollocate de termijnbetalingen waarvoor de bankgarantie is afgegeven, heeft betaald aan Polux. Te dien einde bevatte deze tweede bankgarantie een betaalschema.

Bij brief van 27 februari 2014 heeft Rollocate de Rabobank verzocht tot uitbetaling van de bankgaranties. Volgens is op 4 maart 2014 Polux failliet gegaan. Bij brief van 26 maart 2014 heeft Rabobank het beroep op de eerste

bankgarantie gehonoreerd. Ten aanzien van de tweede bankgarantie heeft Rabobank het beroep deels gehonoreerd; onder verwijzing naar de opschortende voorwaarde van de bankgarantie is de resterende betaling geweigerd. Dit vanwege het feit dat bijna alle termijnbetalingen te laat waren.

Partijen twisten over de uitleg van deze tweede bankgarantie. Rollocate vordert veroordeling van Rabobank tot betaling van primair een bedrag van € 108.000 en subsidiair een bedrag van € 70.000. Rollocate heeft aan haar primaire vordering – voor zover in cassatie van belang – ten grondslag gelegd dat uitleg van de tweede bankgarantie meebrengt dat de daarin opgenomen betalingsdata niet zijn te beschouwen als fatale termijnen. Aan haar subsidiaire vordering heeft Rollocate ten grondslag gelegd dat althans aanspraak bestaat op toewijzing van de betalingen die zijn gedaan op 26 maart 2013, 9 april 2013, 23 april 2013, 7 mei 2013 en 22 mei 2013 (5 x € 14.000 = € 70.000) omdat in ieder geval die vijf betalingen als tijdig dienen te worden aangemerkt voor de termijnen die zijn vervallen op respectievelijk 4 april, 18 april, 1 mei, 15 mei en 29 mei 2013.

De rechtbank heeft zowel de primaire als de subsidiaire vordering afgewezen. Het Hof Amsterdam heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en Rabobank veroordeeld om aan Rollocate een bedrag van € 84.000 te betalen. Het hof overwoog daarbij dat (i) de tekst van de tweede bankgarantie duidelijk is, (ii) de in de tweede bankgarantie opgenomen betalingstermijnen fatale termijnen zijn, en (iii) alle door Rollocate gedane betalingen – behoudens de betaling van € 29.000, die Rollocate op 28 februari 2013 heeft verricht – steeds te laat zijn gedaan. Daarbij wordt door het hof uiteengezet dat, gelet op de aard van een abstracte bankgarantie (betaling op afroep onafhankelijk van de onderliggende rechtsverhouding) en de functie die dergelijke garanties in het handelsverkeer vervullen, alsmede gelet op de positie van de garanderende bank een strikte toepassing van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden is. Bij de uitleg van een dergelijke bankgarantie komt, zoals de rechtbank ook heeft overwogen, groot gewicht toe aan de (strikt te lezen) bewoordingen van de garantie.

In cassatie wordt niet opgekomen tegen de vaststelling van het hof dat de tweede bankgarantie een abstracte bankgarantie is (zie ook conclusie A-G Wesseling-van Gent 2.3-2.15. Een abstracte bankgarantie bevat een betalingsverplichting die zelfstandig is ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding). Ook wordt niet opgekomen tegen de door het hof vooropgestelde maatstaven met betrekking tot toepassing en uitleg van een abstracte bankgarantie. De Hoge Raad zet nogmaals uiteen wat deze maatstaven inhouden (r.o. 3.3.2):

‘Gelet op de aard van een abstracte garantie op afroep (onder de voorwaarden vermeld in de garantie) en de functie die dergelijke garanties in het handelsverkeer vervullen, alsmede gelet op de positie van de garanderende bank, die de belangen in het oog moet houden van zowel degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, als van degene te wiens gunste de garantie is gesteld, is een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden. Uit de aard en functie van de abstracte bankgarantie vloeit tevens voort dat bij de uitleg van een dergelijke garantie groot gewicht toekomt aan de (strikt te lezen) bewoordingen daarvan. (HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600)’

Onderdeel 1.1 van het middel klaagt dat het oordeel van het hof, dat de betalingen die te laat zijn gedaan voor een beoogde termijn, mogen worden toegerekend aan een latere termijn als tijdig gedane betaling, onbegrijpelijk is nu het hof vaststelt dat de betalingstermijnen, volgens de duidelijke tekst van de bankgarantie, fatale termijnen zijn. Ook klaagt het onderdeel dat dit oordeel onverenigbaar is met artikel 6:43 lid 1 BW, waarin is bepaald dat indien een schuldenaar een betaling verricht die op twee of meer verbintenissen jegens dezelfde schuldeiser kan worden toegerekend, toerekening geschiedt op de verbintenis die de schuldenaar bij betaling aanwijst.

Deze klachten treffen doel. Met betrekking tot de overwegingen van het hof zet de Hoge Raad het volgende uiteen (r.o. 3.3.3):

‘Met deze vaststellingen is zonder nadere motivering niet te verenigen het oordeel van het hof (in rov. 3.4) dat betalingen die – conform het in de tweede bankgarantie opgenomen betaalschema – te laat zijn gedaan voor een bepaalde termijn, kunnen worden toegerekend aan een volgende termijn als tijdige betaling daarvan. Aldus wordt immers het fatale karakter ontnomen aan de in het betaalschema opgenomen betalingstermijnen.’

De Hoge Raad is dus van mening dat een objectieve uitleg van bankgarantie meebrengt dat een te late betaling *niet* kan worden toegekend aan een termijn die nog niet is verstreken. De Hoge Raad vervolgt met behandeling van artikel 6:43 lid 1 BW (r.o. 3.3.3):

‘Rabobank heeft in eerste aanleg, onder verwijzing naar bankafschriften, betoogd dat Rollocate betalingen heeft gedaan die betrekking hadden op facturen met een bepaald factuurnummer, die volgens het in de tweede bankgarantie opgenomen betaalschema binnen een bepaalde termijn moesten worden betaald. In dat betoog ligt besloten dat Rabobank heeft aangevoerd dat Rollocate steeds uitdrukkelijk de verbintenis heeft aangewezen waarop de desbetreffende betaling betrekking had, een en ander als bedoeld in art. 6:43 lid 1 BW. Het hof heeft verzuimd op dat betoog in te gaan.’

Gelet op het abstracte karakter van een bankgarantie, wordt dus groot gewicht toegekend aan de letterlijke bevoording van de bankgarantie. Deze wordt strikt opgevat. Volgt vernietiging en verwijzing naar het hof Den Haag. De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G.

Literatuur

- W.C.T. Weterings, ‘Naar een meer rechtvaardige, efficiënte en internationale benadering van de “battle of forms” bij commerciële contracten’, *AV&S* 2018/30, p. 157-159;
- P.W. den Hollander, ‘Ambtshalve toetsing en het “aureool” van de openbare orde bij overeenkomsten in strijd met een wettelijke norm’, *MvV* 2018, p. 311-316;
- T.J.A. van Golen & V. Mak, ‘Bemiddelingskosten bij woninghuur via Airbnb. Betaalt de huurder de rekening?’, *NTBR* 2018/38, p. 280-288;
- C.M.D.S. Pavillon, ‘Boetebeding onredelijk bezwarend, over naar de wettelijke schadevergoeding?’, *WPNR* 2018, afl. 7215, p. 937-939;
- G.J. Boeve, ‘Opschorting in concernverhoudingen’, *Bb* 2018/77, p. 283-285;
- R. Wibier, ‘Perspectieven op de uitleg van overeenkomsten’, *NJB* 2018/1881, p. 2749-2753;

- W. van Tongeren, ‘Uitleg: kan het wat eenvoudiger?’, *NJB* 2018/1882, p. 2754-2755;
- M.R. Ruygvoorn, ‘De ene kwijting is de andere niet’, *Bb* 2018/73, p. 268-270;
- M.I. Nijenhof-Wolters & A.Z. Lankhaar, ‘Het einde van een overeenkomst leidt niet (altijd) tot het einde van de daarmee samenhangende overeenkomst’, *Bb* 2018/70, p. 259-260.

GOEDERENRECHT

Mr. M. Neekilappillai

Jurisprudentie

HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2256, NJB 2018/2303; RvdW 2019/3; NJ 2019/5; openbare verkoop registergoed; volgens koper is niet (volledig) geleverd wat was aangeboden; de vraag of door voormalige eigenaar verwijderde zaken bestanddeel vormden van registergoed; artikel 3:4 lid 1 BW

Eiser tot cassatie is de koper van een woonhuis met ondergrond, erf, tuin en verdere aanhorigheden, alsmede de bedrijfshal met kantoor, ondergrond, verhard voor- en achterterrein, kweekveld, containervelden en stallen voor een prijs van € 610.000,-, exclusief veilingkosten en overdrachtskosten. De koop heeft plaatsgevonden middels een internetveiling, en betrof een executieverkoop ten behoeve van twee executerende banken, verweersters in cassatie.

De geëxecuteerde/voormalige eigenaar maakte gedurende de internetveiling nog gebruik van het registergoed. Krachtens de bijzondere veilingvoorwaarden van de internetveiling ging het risico op het gekochte registergoed over op de koper op het moment dat de gunning aan deze is medegedeeld.

Tussen de dag van de gunning en de dag van de levering zijn van het registergoed zonder toestemming van de koper in elk geval een aantal stelconplaten weggenomen door de voormalige eigenaar. De koper vordert dientengevolge een schadevergoeding van € 119.425,25 van de banken, met als grondslag dat de stelconplaten bestanddeel vormden van het door hem gekochte registergoed.

Centraal in deze zaak staat de vraag of de stelconplaten die ter verharding van het kweek- en containerveld waren aangebracht, naar verkeersopvatting bestanddeel vormden van het registergoed waarop zij zijn geplaatst. De Hoge Raad overweegt hieromtrent (r.o. 3.4.2):

‘Op de voet van het bepaalde in art. 3:4 lid 1 BW is hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel uitmaakt van een zaak, bestanddeel van die zaak. Een aard- of nagelvaste verbinding is daarvoor niet vereist. Een aanwijzing dat een zaak volgens verkeersopvatting als onderdeel van een hoofdzaak heeft te gelden, kan gelegen zijn in de omstandigheid dat de twee zaken in constructief opzicht specifiek op elkaar zijn afgestemd, of in de omstandigheid dat de hoofdzaak, indien het bestanddeel zou ontbreken, als onvoltooid moet worden beschouwd in de zin dat de hoofdzaak dan niet geschikt is te beantwoorden aan haar bestemming. Of in een bepaald geval naar verkeersopvatting sprake is van een bestanddeel, moet echter

in het licht van alle omstandigheden van het geval beoordeeld worden; voor zover dat oordeel berust op een waardering van die omstandigheden, is het feitelijk van aard en kan het in cassatie slechts in beperkte mate worden onderzocht.’

Onderdeel III van het cassatiemiddel keert zich tegen het oordeel van het hof dat de stelconplaten geen bestanddeel van het registergoed uitmaakten. Volgens het onderdeel zijn containervelden alleen compleet wanneer zij zijn verhard, en kan door de afwezigheid van de stelconplaten niet meer worden gezegd dat het registergoed mede een kweekveld en containervelden omvatte (r.o. 3.4.1).

A-G Rank-Berenschot acht de motivering van het hof hieromtrent niet begrijpelijk. In appel heeft eiser, als getuige gehoord, verklaard dat kweek- of containervelden ook op andere wijze kunnen worden verhard c.q. afgedekt. Het hof leidt onder meer hieruit af dat eiser er niet in is geslaagd te bewijzen dat de containervelden incompleet zijn zonder de stelconplaten. A-G Rank-Berenschot heeft hierover de volgende overweging (sub 2.14 conclusie), en concludeert vervolgens tot vernietiging van het arrest van het hof:

‘Niet valt in te zien dat de enkele omstandigheid dat kweek- en containervelden in het algemeen op verschillende wijzen kunnen worden verhard c.q. afgedekt, meebrengt dat de verwijdering van stelcon platen in het concrete geval niet tot gevolg heeft dat het betreffende kweek- of containerveld als onvoltooid moet worden beschouwd. Ik trek de vergelijking met de vraag of in een concreet geval een gasgestookte CV-installatie als bestanddeel van een huis kwalificeert. Niemand zal die vraag ontkennend beantwoorden op de enkele grond dat huizen ook met een warmtepomp kunnen worden verwarmd. Het gaat immers om de functie van het concrete bestanddeel in relatie tot de concrete hoofdzaak.’

De Hoge Raad beoordeelt het onderdeel anders, en geeft met zijn oordeel gestalte aan de beperkte mate waarin dit soort klachten kan worden onderzocht in cassatie (r.o. 3.4.3):

‘Het hof heeft zijn oordeel dat de stelcon platen die op het kweekveld en de containervelden lagen, geen bestanddeel waren van het registergoed, gebaseerd op de omstandigheden (i) dat uit niets blijkt dat de stelcon platen specifiek zijn gemaakt voor het registergoed, en dat zij dus in constructief opzicht niet specifiek op het registergoed zijn afgestemd, en (ii) dat op door de Banken overgelegde foto’s ook volgens [eiser] container- of kweekvelden zijn te zien, terwijl zichtbaar is dat die velden niet zijn verhard met stelcon platen, zodat niet in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat stelcon platen volgens verkeersopvatting onderdeel uitmaken van container- of kweekvelden en evenmin dat door het ontbreken van de stelcon platen de hoofdzaak onvoltooid is.’

Hiermee heeft het hof de juiste maatstaf toegepast, zo oordeelt de Hoge Raad, en is zijn oordeel aldus niet onbegrijpelijk. Het cassatieberoep wordt dan ook verworpen.

Literatuur

- M.H.S. Berghuijs, ‘Horizontale natrekking door een net en het belang van bijzondere wetten bij de beoordeling of sprake is van natrekking’, *MvV* 2018, p. 282-287;
- F.J. Vonck & R. Bos, ‘Eigendom van Offshore Windparken’, *WPNR* 2018, afl. 7212, p. 792-800;
- C.P.M. van de Wiel & M.E. Odink, ‘Het voorkomen van de ongewenste gevolgen van natrekking’, *Bb* 2018/85, p. 310-312.

ONRECHTMATIGE DAAD EN SCHADEVERGOEDING

Mr. P.L.F. Ribbers

Jurisprudentie

HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2160, RvdW 2018/1290, NJB 2018/2201; Onrechtmatige overheidsdaad; brief van Raad voor de rechtspraak met daarin een ‘onnodig diffamerende beschuldiging’; moment van beoordelen van onrechtmatig handelen.

De directe aanleiding voor onderhavig geschil vormen een kleine tweehonderd woorden die staan opgenomen in het boek *Topadvocatuur* uit 2004. In het boek wordt advocaat Z aangehaald die – kort samengevat – stelt dat bij grote claims Nederlandse rechters nerveus worden, dat er dan gekke dingen gebeuren, zoals rechters die uitvoerig met advocaten bellen over de zaak en dat dit ook is gebeurd in de *Chipshol*-zaak.

Wat is hieraan vooraf gegaan? In 1994 treedt Z op als advocaat in de *Chipshol*-zaak die bij de Rechtbank ‘s-Gravenhage aanhangig is. Op 12 december 1994 schakelt Z zelf een advocaat in teneinde bij de president van de Haagse rechtbank melding te maken van een in de ogen van Z on gepast telefoongesprek dat hij op 6 december 1994 met rechter X zou hebben gevoerd. Tijdens het telefoongesprek zou Z onder meer hebben vernomen dat X telefonisch contact heeft gehad met raadslieden van de wederpartij. Na zo’n tien jaren van stilte verschijnt het boek *Topadvocatuur*. Onmiddellijk neemt X een advocaat in de arm en stelt dat de uitspraken van Z onrechtmatig jegens hem zijn. De Rechtbank Rotterdam gaat hierin mee en verklaart bij (eind)vonnissen van 23 januari 2008 voor recht dat de uitspraken van Z onrechtmatig zijn jegens de rechter. Daarentegen merkt het Hof Den Haag rook op; het acht bij tussenarrest van 23 juni 2009 (behoudens tussenbewijs) bewezen dat X een telefoongesprek heeft gevoerd met Z en dat dit méér is geweest dan een zakelijk gesprek over een procedureel punt. Na dit tussenarrest is de gerechtelijke procedure op verzoek van X geroyeerd.

Dan is Z aan zet: de advocaat begint een procedure tegen X waarin hij stelt dat X onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door een rechtszaak tegen hem te beginnen. Z heeft succes bij zowel de Rechtbank Amsterdam in juni 2015 als het Hof ‘s-Hertogenbosch in maart 2017; er wordt voor recht verklaard dat sprake is van een aantasting van de eer en goede naam van Z. In een parallelle procedure verzet de rechter zich nog eenmaal – maar zonder succes – tegen diens veroordeling (ECLI:NL:HR:2018:2160).

In de onderhavige procedure keert Z zich tegen de Staat der Nederlanden. Z verwijt de Staat onrechtmatig te hebben gehandeld en zet in op drie paarden; (i) niet alleen zou sprake zijn van toerekening van het onrechtmatige handelen van de rechter aan de Staat, (ii) ook zou de Staat onrechtmatig jegens Z hebben gehandeld door de kosten van de rechtsbijstand van de rechter in zijn procedure

tegen Z te betalen. Tot slot (iii) kan de Staat aansprakelijk worden gehouden voor een brief die afkomstig is van (de voorzitter van) de Raad voor de rechtspraak, aldus Z. Deze brief was gericht aan de Tweede Kamer in antwoord op (kritische) vragen waarom de Raad de procedure van X tegen Z financierde. Z valt over een passage in de brief waarin staat dat het handelen van Z niet door beugel kan en schadelijk is voor het functioneren van de rechtspraak.

Het betoog van Z heeft geen succes bij de Rechtbank Amsterdam in juni 2015 (ECLI:NL:RBAMS:2015:3917), maar wel bij het Hof 's-Hertogenbosch in maart 2017 (ECLI:NL:GHSHE:2017:890). Het hof verklaart voor recht dat de Staat onrechtmatig jegens Z heeft gehandeld wat betreft de passage in de brief van de Raad voor de rechtspraak (hierna: de Raad). Hoewel het hof aangeeft dat er geen aanwijzing is dat de Raad bij het begin van de gerechtelijke procedure in 2004 wist dat X niet de waarheid sprak, is het hof – onder verwijzing naar de procedure ten overstaan van de Rechtbank Rotterdam – van oordeel dat dit de Raad in 2006 (ten tijde van het opstellen van de brief) wél duidelijk had moeten zijn. Het hof overweegt dat de in de brief liggende beschuldiging aan het adres van Z ‘onnodig diffamerend’ was en daarmee onrechtmatig (r.o. 6.49, arrest hof).

In cassatie komt de Staat allereerst op tegen het oordeel van het hof dat de Raad ten tijde van het versturen van de brief in 2006 duidelijk had moeten zijn dat niet (meer) onverkort kon worden uitgegaan van hetgeen X zei over het door Z gestelde telefonisch contact. De Hoge Raad schuift deze klacht terzijde; het hof zou ‘klaarlijkkelijk’ doelen op de omstandigheid dat X in de Rotterdamse procedure een gedetailleerde beschrijving van de door hem gestelde gang van zaken had gegeven (die in 2004 nog niet bij de Raad bekend was), en dat de rechtbank X tot het bewijs daarvan had toegelaten; ‘[i]n het licht daarvan is het oordeel dat de Raad in mei 2006 niet meer onverkort kon uitgaan van de juistheid van hetgeen [X] verklaarde niet onbegrijpelijk’, aldus de Hoge Raad (r.o. 4.1).

Ook de klacht van de Staat over de onbegrijpelijkheid, althans ontoereikende motivering van het oordeel van het hof dat de passage in de brief ‘onnodig diffamerend’ was, ‘vooralnog onvoldoende gefundeerd’ en ‘later ook onjuist is gebleken’, slaagt niet. De Hoge Raad zet uiteen dat het hof (juist) tot uitdrukking heeft gebracht dat de gewraakte passage ook niet achteraf kon worden gerechtvaardigd doordat de juistheid van de daarin opgenomen beschuldiging was komen vast te staan. Ook de omstandigheid dat de later gebleken onjuistheid van de beschuldiging ‘niet direct’ betrekking had op de door het onderdeel genoemde implicatie (namelijk dat X onvoldoende onafhankelijk of onpartijdig zou zijn geweest) maakt de overweging van het hof niet onbegrijpelijk nu het al dan niet gevoerd zijn van een telefoongesprek over meer dan een procedureel punt ‘immers van beslissende betekenis’ is, aldus de Hoge Raad (r.o. 4.3.3, vgl. daarentegen conclusie plaatsvervangend procureur-generaal Langemeijer sub 2.9-2.16).

Tot slot klaagt de Staat over een motiveringsgebrek met betrekking tot de kwalificatie door het hof van de passage in de brief als een ‘onnodig diffamerende beschuldiging’. Daarnaast zou het hof hebben miskend dat de Raad ter zake van de keuze voor de formulering(en) in de brief (een zekere) beleids- en beoordelingsruimte zou toekomen. Opnieuw is de Hoge Raad niet overtuigd. Hij stelt voorop dat het oordeel van het hof – ‘sterk verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard’ – in cassatie maar beperkt op juistheid kan worden onderzocht (r.o. 4.4.2). Het hof heeft het echter wel bij het juiste eind; de Hoge Raad geeft aan dat het hof de omstandigheden van het geval in ogenschouw heeft genomen, en heeft geoordeeld dat de Raad zich had moeten onthouden van een eigen, nodeloos negatieve kwalificatie van het handelen van Z. Naar het oordeel van het hof had de Raad het te dienen doel van de brief ook kunnen dienen zónder de gewraakte passage in de gebruikte bewoordingen op te nemen. Gelet op het uitgangspunt van het hof dat de Raad er niet meer onverkort van uit kon gaan dat de lezing van X juist was en mede gelet op de kwalificatie in de gewraakte passage dat het gedrag van Z ‘niet door de beugel kan’, heeft het hof tot dit oordeel kunnen komen zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting over de grenzen van de in dit verband aan de Staat toekomende vrijheid, aldus de Hoge Raad (r.o. 4.4.2). Voornoemde vrijheid werd ‘immers’ beperkt door de zorgvuldigheid die de Staat jegens Z in acht had te nemen; het oordeel is dan ook niet onbegrijpelijk of anderszins onvoldoende gemotiveerd (r.o. 4.4.2).

Dan is de Hoge Raad ook klaar: de overige klachten missen ‘zelfstandige betekenis’ en de klachten van het middel in het incidentele cassatieberoep worden onder verwijzing naar artikel 81 Wet RO terzijde geschoven.

Literatuur

- M. Overheul, ‘Angst als juridisch relevante schade: de angstschadevordering naar Frans recht’, *AV&S* 2018/31, p. 160-168;
- W. Kloosterman & M. Kuilman, ‘Klimaatsrisico’s, aansprakelijkheden en enkele toezichtrechtelijke aspecten’, *MvV* 2018, p. 295-303;
- L.K. de Haan & A. Hanegraaf, ‘De betekenis van de CROW-Richtlijn zorgvuldig graafproces bij kabel- en leidingschades’, *MvV* 2018, p. 304-310;
- P.W.J. Verbruggen, ‘Privaatrechtelijke zorgplichten en Europese maximumharmonisatie’, *WPNR* 2018, afl. 7215, p. 849/850;
- E.F. Verheul, ‘Rechtsinbreuk en onrechtmatigheid’, *WPNR* 2018, afl. 7215, p. 851-863;
- J. van Dunné, ‘De “omkeringsregel”: regel of uitzondering, spookbeeld of vertrouwd gereedschap?’, *AA* 2018, afl. 10, p. 840-853 (AA20180840);
- M.S.A. Faraj & L.B.A. Tigelaar, ‘Naar een hanteerbare vordering voor een concurrent tegen een ondernemer die zich schuldig maakt aan oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2018, afl. 6, p. 284-293;

- B. Marseille, H. Bröring & K. de Graaf, ‘Een gebruikersperspectief op aardbevingsschadevergoedingsprocedures’, *NJB* 2018/1948, p. 2810-2819;
- S.D. Lindenbergh, ‘De wet affectieschade in werking’, *VR* 2018/156, p. 406-414;
- A.J. Verheij, ‘Vererft de vordering tot smartengeld van het slachtoffer van verkrachting en moord?’, *VR* 2018/157, p. 415-421.

HUWELIJKSVERMOGENSRECHT

Mr. M. Michels

Jurisprudentie

HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2379, JERF 2018/432; omvang huwelijksgoederengemeenschap; uitsluitingsclausule; ongeoorloofde ongelijke behandeling; beperkende werking redelijkheid en billijkheid; artikel 1:94 lid 2 onder a (oud) BW; artikel 1 Eerste Protocol; artikel 14 EVRM; artikel 6:2 lid 2 BW

Sinds het op 1 januari 2018 in werking getreden nieuwe huwelijksgoederenregime vallen goederen verkregen krachtens erfopvolging in beginsel buiten de huwelijksgoederengemeenschap. Onder het oude stelsel – dat thans geldt voor huwelijken gesloten voor 1 januari 2018 – valt daarentegen hetgeen krachtens erfrecht wordt verkregen binnen de huwelijksgemeenschap. Indien de erflater dit niet wenst, kan voorgaande voorkomen worden door een uitsluitingsclausule bij uiterste wilsbeschikking op te nemen. In deze zaak staat de vererving van een recht van erfpacht op een appartement te Moskou centraal. Partijen zijn in 1996 in gemeenschap van goederen gehuwd in Moskou. Ten tijde van het huwelijk heeft de vrouw van haar moeder een recht van erfpacht op een appartement te Moskou geërfd, zonder dat haar moeder een uitsluitingsclausule had opgenomen in een uiterste wilsbeschikking. Bij echtscheiding verzoeken beide partijen de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap te bevelen. Volgens de vrouw behoort het recht van erfpacht op het appartement tot haar privévermogen, nu haar moeder als Russische erflater niet wist van het vereiste van een uitsluitingsclausule in een uiterste wilsbeschikking en daarop, anders dan ook Nederlandse erfslaters, ook niet bedacht hoeft te zijn omdat naar Russisch recht een erfenis altijd uitsluitend toekomt aan de erfgenaam en niet mede aan diens echtgenoot. Vast staat dat Nederlands recht van toepassing is op het tussen partijen geldende huwelijkvermogensregime.

Het hof stelt zich in een tussenbeschikking van 9 november 2017 de vraag of sprake is van een niet-gerechtigd onderscheid tussen Nederlandse en Russische erfslaters, die bevestigend wordt beantwoord. Nederland neemt volgens het hof een uitzonderingspositie in met het gehanteerde stelsel waarin erfrechtelijke verkrijgingen van rechtswege gemeenschappelijk worden, waardoor

niet-Nederlandse erfslaters niet bedacht zullen zijn dat hetgeen hun erfgenamen bij afwezigheid van een uitsluitingsclausule erven, naar Nederlands recht in de huwelijksgoederengemeenschap valt. Dit heeft volgens het hof tot gevolg dat buitenlandse erfslaters worden achtergesteld bij Nederlandse erfslaters, hetgeen een ongelijke behandeling inhoudt. Deze kan niet worden gerechtvaardigd aan de hand van het belang van de uitsluitingsclausule, namelijk dat de wil van de erflater niet wordt doorkruist door het huwelijksgoederenregime. Indien het de partij die zich op het ontbreken van de uitsluitingsclausule wil beroepen, niet lukt om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat de erflater wel wist of behoorde te weten van de uitsluitingsclausule, maar er niettemin van heeft afgezien, dient artikel 1:94 BW volgens het hof buiten toepassing te blijven wegens strijd met artikel 14 EVRM in verbinding met artikel 1 Eerste Protocol. Dientengevolge zal het recht van erfpacht in de huwelijksgoederengemeenschap vallen.

Tegen de tussenbeschikking van het hof wordt cassatie ingesteld. Het middel is gericht tegen het oordeel dat artikel 1:94 BW een ongeoorloofde ongelijke behandeling van Nederlandse en Russische erfslaters meebrengt nu deze strijdig is met artikel 14 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol. Geklaagd wordt dat hof had dienen te onderzoeken of toepassing van artikel 1:94 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij zou het hof miskend hebben dat geen sprake is van onderscheid als bedoeld in artikel 14 EVRM. Bovendien zou het rechtens onjuist zijn dat het doel van artikel 1:94 BW het gemaakte onderscheid tussen Nederlandse en Russische erfslaters niet rechtvaardigt. De Hoge Raad oordeelt als volgt (r.o. 3.2.2):

‘Het gaat aldus om het verschil tussen Nederlandse en niet-Nederlandse erfslaters wat betreft hun bekendheid met en toegang tot die regel van Nederlands huwelijkvermogensrecht. Dit verschil is terug te voeren op het naast elkaar bestaan van verschillende rechtsstelsels en de noodzaak in een internationaal geval de regels van één van de daarbij betrokken rechtsstelsels toe te passen. Mede in aanmerking genomen hetgeen hierna in 3.3.3 wordt overwogen, is dit verschil niet van zodanige betekenis dat kan worden gesproken van een ongeoorloofde ongelijke behandeling.’

De Hoge Raad herhaalt in dit kader zijn eerdere oordeel uit 2017 (r.o. 3.3.3), inhoudende dat de enkele omstandigheid dat het op de erfrechtelijke verkrijging toepasselijk buitenlandse recht niet een algehele gemeenschap van goederen tot uitgangspunt kent, onvoldoende is om een beroep op artikel 1:94 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten (HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:276). In dit kader was van belang of de buitenlandse erflater bedacht kon zijn geweest op de toepasselijkheid van het Nederlandse huwelijkvermogensrecht en de gevolgen daarvan. Alsmede kan van belang zijn geweest of redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de erflater niet wenste dat de goederen binnen de huwelijksgoederengemeenschap zouden vallen en of de erflater in staat zou zijn geweest voorgaande te voorkomen. Verder oordeelt de Hoge Raad dat de stelplicht en bewijslast ter zake van de daartoe redengevende feiten en

omstandigheden rust op de echtgenoot, die zich op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid beroept. De Hoge Raad vernietigt de beschikkingen van het hof, nu geen sprake is van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van Nederlandse en niet-Nederlandse erflaters en verwijst het geding naar een ander hof ter verdere behandeling en beslissing.